

UiO : Det juridiske fakultet

Klarhetskravet i norsk strafferett etter Grunnloven § 96 og den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon artikkel 7, med et særlig fokus på rettstilstanden og rettsutviklingen gjennom Høyesterett og EMDs avgjørelser.

Kandidatnummer: 657

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 16.951



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING.....	1
1.1 Oppgavens tema	1
1.2 Oppgavens oppbygging	2
1.3 Avgrensning.....	2
1.4 Definisjoner	2
1.4.1 Legalitetsprinsippet	3
1.4.2 Det strafferettslige legalitetsprinsipp og klarhetskravet.....	3
1.4.3 Straff.....	4
1.5 Rettskilder.....	5
1.5.1 Loven.....	5
1.5.2 Rettspraksis	5
1.5.3 Forarbeider	5
1.5.4 Juridisk litteratur	5
1.6 Metode	6
1.7 Regelens formål	6
2 NÆRMERE OM TEMAET	8
2.1 Litt om virkningene av kravet til klar lovhjemmel.....	8
2.2 EMK artikkel 7	10
2.2.1 Straffebegrepet i forhold til Grunnloven § 96.....	11
2.2.2 Straffebegrepet etter EMK	13
2.2.3 Lovgivers forhold til straffebegrepet	14
3 RETTSTILSTANDEN NASJONALT OG INTERNASJONALT	16
3.1 Innledning.....	16
3.1.1 Klarhetskravet etter norsk rettspraksis	17
3.1.2 Klarhetskravet etter EMK	21

3.2	EMK som lex superior.....	28
3.2.1	EMDs betydning i norsk rett	29
4	KLARHETSKRAVETS GJENNOMSLAGSKRAFT I PRAKSIS	34
4.1	Konsekvent dømming?	34
4.1.1	Noen utgangspunkter	34
4.2	Rettslige standarder	36
4.3	Ordlydstolkning, utvidende tolkning og analogi	39
4.3.1	Ordlydstolkning.....	40
4.3.2	Utvidende tolkning.....	40
4.3.3	Analogi	42
4.4	Klarhetskravet v. utvidende tolkning og analogi.....	42
5	TVILEN SKAL KOMME TILTALTE TIL GODE	48
5.1	In dubio pro reo	48
6	MOMENTER I KRAVET TIL KLAR HJEMMEL	51
6.1	Klarhetskravet som prinsipp, konstitusjonell skranke eller hovedregel?	51
6.2	Utgangspunktet.....	52
6.3	Hva taler for en streng forståelse av ordlyden?	53
6.3.1	Forutberegnelighet og innrettelseshensynet	53
6.3.2	Andre beskyttelsesverdige interesser	54
6.3.3	Rettsanvendelsestvil og rimelighet	54
6.4	Hva taler for å akseptere at man går utenfor ordlyden?	55
6.4.1	Straffverdighet og grad av alvorlighet	55
6.4.2	Fleksibilitet og tilpasningsdyktig anvendelse av loven.....	56
6.4.3	Andre rettskilder.....	57
6.5	Helhetsvurdering	60
7	RETTSPOLITISKE VURDERINGER OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	61

7.1	Klarhetskravets samfunnsmessige karakter	61
7.2	Rettsikkerhetsproblematikk	61
8	KILDEHENVISNING.....	62
8.1	Lovregister	62
8.2	Proposisjoner	62
8.3	Juridisk litteratur	62
8.4	Juridiske artikler	63
8.5	Nettadresser	63
8.6	Domsregister	64
8.6.1	Dommer fra Høyesterett og lagmannsrett	64
8.6.2	Dommer fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstol	64

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema berører både domsavsigelse - og lovgivningsprosessen i strafferetten. Selv om klarhetskravet har lang tradisjon i norsk rett¹, vil anvendelsen og tolkningen være gjenstand for utdyping og presisering gjennom menneskerettighetenes stadige innflytelse, samfunnsutviklingen for øvrig og den tilhørende endringen i intern rettsutvikling.

Norsk lov og rettspraksis presumeres å være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser til den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK)². Klarhetskravet i Grunnloven(Grl) § 96 og EMK artikkel 7 søker å beskytte de samme interesser, men er forskjellig utformet og nedfelt i to atskilte lovverk. Anvendelsen og tolkningen av de to bestemmelsene vil mer eller mindre sammenfalle på bakgrunn av de felles interesser de søker å beskytte.

I oppgaven vil jeg se på den nærmere utformingen av klarhetskravet i norsk strafferett. Herunder betydningen av bestemmelsen og dens utvikling, i rettspraksis og juridisk teori, i Norsk intern rett og gjennom EMK. Oppgaven vil ta for seg anvendelsen og rekkevidden av klarhetskravet i praksis.

Jeg vil søke å belyse klarhetskravet med eksempler fra norsk og internasjonal juridisk teori, og med eksempler fra norsk rettspraksis og avgjørelser fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD)³, hvis praksis er av stor relevans for klarleggingen av konvensjonens innhold og anvendelse. Konvensjonen er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven⁴

¹ Geir Heivoll og Sølve Robbestad – Statsforfatningsrett s. 211

² Jfr. Grl. § 110 c.

³ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter med protokoller (EMK). Seksjon II gir reglene for organiseringen og funksjonen av domstolen.

⁴ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. 21. Mai 1999 nr. 30

(mnskrl). Spesielt søker jeg å illustrere rekkevidden og grensene av klarhetskravet i praksis, og betydningen av dette ved lovtolkning og anvendelse av straffebed.

1.2 Oppgavens oppbygging

Først vil jeg plassere temaet i en større kontekst, før jeg greier ut om rettstilstanden nasjonal og etter konvensjonen. Deretter vil jeg se nærmere på hvilken betydning kravet til klar hjemmel faktisk illegges ved de respektive domstoler, og hvilke hensyn og momenter som knyttes opp mot kravet.

1.3 Avgrensning

Jeg vil hovedsaklig konsentrere oppgaven rundt klarhetskravet slik det er anvendt i norsk strafferett. Likevel vil det være hensiktsmessig å sammenligne med tilfeller der andre konvensjonslands anvendelse av EMK art 7 blir prøvd av EMD. Videre vil jeg forsøke å konsentrere oppgaven rundt selve klarhetskravet, som det materiellrettslige innhold i strafferettens legalitetsprinsipp⁵. Dette vil medføre at andre sider av legalitetsprinsippet forblir noe ubehandlet.

Det vil likevel være tilfeller der andre sider av legalitetsprinsippet blir drøftet, da det i rettspraksis ofte er en mer flytende behandling av de forskjellige sider til prinsippet. Jeg vil stort sett forsøke å belyse rettstilstanden slik den er, de lege lata, i dag. Et historisk perspektiv, med både eldre og nyere rettspraksis er derfor nødvendig. Hovedfokuset vil rettes mot rettspraksis, slik at lovgiverspørsmålene som gjør seg gjeldende vil ha en noe tilbaketrukket rolle.

1.4 Definisjoner

Jeg ser det som hensiktsmessig å kort klargjøre innholdet i en del begreper. Herunder legalitetsprinsippet, klarhetskravet og straffebegrepet.

⁵ Se punkt 1.3 for definisjonsavklaring

1.4.1 Legalitetsprinsippet

”Ethvert inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov”.

Vi skiller mellom legalitetsprinsippet i og utenfor strafferetten. Legalitetsprinsippet utenfor strafferetten er ikke lovfestet, men er ansett som konstitusjonell sedvanerett, altså med Grunnlovs rang og utgjør det rettslige grunnlag for forvaltningens virksomhet.

Det er likevel ikke slik at alle vedtak eller handlinger må ha hjemmel i lov. I utgangspunktet kreves ikke lovhjemmel dersom det foreligger et annet rettsgrunnlag for kompetansen. Av andre typer rettsgrunnlag nevnes organisasjons- og instruksjonsmyndighet, avtalekompetanse (privat autonomi) og sedvane.⁶ Oppgaven dreier seg ikke om legalitetsprinsippet utenfor strafferetten. Derfor anser jeg det som tilstrekkelig å ikke gå nærmere inn på prinsippet i denne sammenheng.

1.4.2 Det strafferettslige legalitetsprinsipp og klarhetskravet

Legalitetsprinsippet på strafferettens område, er lovfestet i Grl § 96: ”ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom”.

Bestemmelsens første del inneholder et krav om at ingen kan straffes uten hjemmel i formell lov. Heretter referert til som ”lovskravet”. Lovhjemmel må også være trådd i kraft på det tidspunkt gjerningspersonen utfører handlingen, jfr. Grl § 97 og Straffeloven § 3, første ledd.

Andre del stiller et krav om at straff kun kan ilegges ved dom (domsprinsippet)⁷. I motsetning til legalitetsprinsippet utenfor strafferetten, må kravet til lovhjemmel forstås strengt. Slik regelen i § 96 er tolket, er det ikke tilstrekkelig at hjemmelen er forankret i formell lov, men lovhjemmelen må også være tilstrekkelig klar, eller tydelig. Det er her uttrykket klarhetskravet har sitt feste. Man kan si at klarhetskravet er et kvalitetskrav til det rettsgrunnla-

⁶ Torsten Eckhoff og Eivind Smith – Forvaltningsrett 8. utg. s. 327.

⁷ Geir Heivoll og Sølve Robbestad - Statsforfatningsrett s. 77

get en avgjørelse bygger på⁸.

Klarhetskravet oppstiller i utgangspunktet en generell skranke mot at en straffedom ikke skal kunne avsies på grunnlag av ”alminnelige rettsgrunnsetninger”⁹. Førstvoterendes uttalelse i Rt. 2012 s. 313 gir et godt utgangspunkt:

”Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven¹⁰”.

Jeg vil variere begrepsbruken gjennom oppgaven. Når jeg benytter klarhetskravet, hjemmelskravet, kravet til presis hjemmel og/eller lovkravet, er det uttrykk for det samme, unntatt der det særlig spesifiseres eller nevnes for øvrig. Begrepsvariasjonen må leses i sammenheng med helheten.

1.4.3 Straff

Straff, eller straffebegrepet, er definert etter norsk rettspraksis som:

”et onde som staten tilfører en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde”¹¹.

Begrepet straff, slik det er definert i norsk rettspraksis, gir i seg selv ingen klar regel for hvordan straffebegrepet skal tolkes i enhver situasjon. Hva som faller utenfor og innenfor straffebegrepet i forhold til klarhetskravet, vil måtte baseres på mer enn bare en definisjon av begrepet i seg selv. Forholdet til EMK er her av stor betydning.

Jeg vil komme tilbake til straffebegrepets betydning og utforming i større detalj senere i besvarelsen.

⁸ TFS 2001-1 Lovkravet av Marius Emberland s. 60

⁹ Arne Fliflet – Grunnloven Kommentartutgave s. 391

¹⁰ Rt. 2012 s. 313. avsnitt 29.

¹¹ Rt.1977 s. 1207, Andenæs – Statsforfatningen s. 326

1.5 Rettskilder

Lov, høyesterettspraksis og dommer fra EMD vil i det store og hele dominere når det kommer til rettskilder jeg benytter i oppgaven. I tillegg vil jeg benytte en god del juridisk teori. Forarbeider vil i liten grad bli referert til, med noen få unntak.

1.5.1 Loven

Av lov er det hovedsakelig Straffeloven av 1902, og de særlige straffebud spredt i spesiallovgivningen, det vil bli vist til. Jeg vil ikke foreta selvstendige og utførlige tolkninger av spesielle straffebud. Lovtekst som det vises til er stort sett et ledd i den rettspraksis jeg benytter for å illustrere innholdet i klarhetskravet.

1.5.2 Rettspraksis

Den rettspraksis som vises til vil variere fra mange forskjellige tiår. Dette for å belyse den historiske forankringen av og tilnærmelsen til klarhetskravet. Det skal også nevnes at klarhetskravets nærmere definerte innhold sjeldent drøftes utførlig av Høyesterett, slik at den rettspraksis som finnes ofte må ses i sammenheng på tvers av de forskjellige dommer og domstoler.

1.5.3 Forarbeider

Forarbeidene vil på bakgrunn av oppgavens tema få en mer tilbaketrukket rolle. Der jeg har valgt å vise til forarbeidene er de best egnet som et uttrykk for hvordan lovgiver forholder seg til hjemmelskravet.

1.5.4 Juridisk litteratur

Jeg vil vise til en god del juridisk litteratur i oppgaven. Hovedsakelig fra norske rettsteoretikere, men også noe fra internasjonalt hold. Den juridiske teori er egnet for å nærmere presisere detaljinnholdet i lovkravet.

1.6 Metode

Jeg vil i all hovedsak anvende generell juridisk metode, med de prinsipper som ligger til grunn for rettskildelæren.

1.7 Regelens formål

Klarhetskravet slik det er utformet søker å ivareta flere interesser. Spesielt er det hensynet til tiltalte i straffesaker som står sentralt. Folk må kunne være trygge på at en ikke kan dømmes for noe som ikke er ansett som ulovlig i henhold til formell lov.

I EMK artikkel 7, som lovfester konvensjonens legalitetsprinsipp, ligger det et krav om forutsigbarhet og tilgjengelighet¹². Altså skal borgerne ha muligheten til å tilegne seg den kunnskapen som trengs for å positivt vite hva som er en straffbar handling. Videre må borgerne få muligheten til å innrette seg etter dette.

Det ligger i kravet til klar lovhjemmel at loven må være så presist angitt at borgerne faktisk vet hva loven tar sikte på å omfatte.¹³ At det samme må gjelde for Grunnloven § 96 har gode grunner for seg, på bakgrunn av den status EMK har som formell lov i Norge.¹⁴

Klarhetskravet slik det fremstår både etter norsk intern rett og etter EMK, bærer preg av å være en lovfestet sikkerhetsventil mot justismord og gale, eller ”vilkårlige”, rettsavgjørelser¹⁵.

”En Straffedom skal ikke kunne avsies på bakgrunn av ”alminnelige rettsgrunnsetninger”¹⁶.

¹² Jfr. Achour v. France avsnitt 41-43, Coëme and others v. Belgium avsnitt 145, Kokkinakis v. Greece

¹³ Jfr. Cantoni V. France avsnitt 29

¹⁴ Arne Fliflet – Grunnloven Kommentarutgave s. 391

¹⁵ Arne Fliflet – Grunnloven Kommentarutgave s. 391

¹⁶ Arne Fliflet – Grunnloven Kommentarutgave s. 391

De formål som ligger bak kravet vil også påvirke lovgiver i stor grad. Ved utformingen av formell lov, vil den lovgivende makt måtte forholde seg til rammen om at straffebudet må være tilgjengelig for allmennheten, og at det skal være så presist utformet at folk kan innrette sin atferd etter den. Befolkningen må ha en reell mulighet til å faktisk kunne tilegne seg den formelle kunnskapen som er nødvendig for å forstå at en handling er gjort straffbar ved lov. Et relevant spørsmål i denne sammenheng er hva som ligger i en slik ”reell mulighet”? Holder det at man har mulighet til å lese og forstå loven, eller har man også en reell mulighet dersom det er mulig å tilegne seg kunnskapen gjennom profesjonell hjelp?¹⁷ Jeg vil forsøke å besvare dette spørsmålet senere i besvarelsen.

Man kan også si at publiseringen av Norges Lover ved hvert kalenderår, Lovdata.no og rettsdata.no, som gir muligheten til at folk kan tilegne seg kunnskap om straffebud, er i tråd med klarhetskravets skranke for lovgiver. Selv om det neppe er derfor et slikt vidt spekter av rettskilder først og fremst er enkelt tilgjengelig.

Klarhetskravets formål må ses i sammenheng med rettsgrunnsetningen: ”Tvilen skal komme tiltalte til gode”¹⁸ (Se kapittel 5 for en nærmere behandling av dette). Domstolene kan treffe beslutninger og avgjørelser som er til tiltaltes gunst, men ikke foreta utvidende tolkning som ikke kommer ham til gode. Førstvoterendes uttalelse i Rt. 1976 s. 1434, som gjaldt straff for uteblivelse fra militærtjeneste oppsummerer dette utgangspunktet på en god måte:

”det skal sterke grunner til for at man skal kunne fravike en naturlig forståelse av ordlyden til skade for den vernepliktige”¹⁹.

Utgangspunktet om at tolkning ikke skal skje til skade for tiltalte, gjelder også hvis domsto-

¹⁷ Nærmere om dette i Cantoni V. France avsnitt 29

¹⁸ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 115.

¹⁹ Rt. 1976 s. 1434

lene gir lover tilbakevirkende kraft. Dersom tolkningen vil være til gunst for tiltalte, er det ingen stopper mot dette i klarhetskravet²⁰.

Formålet med klarhetskravet på strafferettens område er, kort oppsummert; å sikre lovmes-sige avgjørelser fra domstolene i straffesaker og å sikre, gjennom lovgivers virksomhet, at befolkningen har muligheten til å gjøre seg kjent med hva som er straffbart, slik at de kan justere sin atferd deretter.

2 Nærmere om temaet

2.1 Litt om virkningene av kravet til klar lovhjemmel

Klarhetskravet, slik det er nedfelt i Grunnloven, vil være en rettskildefaktor av betydelig vekt²¹. Bestemmelsen er først og fremst ment som en skranke mot justismord og vilkårlige domsavgjørelser. Likevel kan det tenkes at det oppstår uønskede virkninger av bestemmelsens vide omfang. Der hvor en handling er å anse som umoralsk, forkastelig og etter enhver fornuftig persons mening, burde vært belagt med straff, kan det fremstå som lite hensiktsmessig at klarhetskravet skal sperre for muligheten til å straffe. Et eksempel til illustrasjon er den såkalte Telefonsjikanedommen²².

Tiltalte var i tidligere rettsinstans dømt for ”forstyrrelse av den alminnelige fred og orden” etter Straffelovens dagjeldende § 350 ved at han gjentatte ganger hadde ringt på de sene kveldstimer til et ektepar i hensikt å sjikanere de. Høyesterett opphevet dommen fra byretten med utgangspunkt i at handlingene falt utenfor bestemmelsens tilsiktede virkeområde. Førstvoterende uttalte:

”Jeg vil tilføye at jeg heller ikke kjenner noen annen bestemmelse i straffeloven som for-

²⁰ Geir Heivoll og Sølve Robbestad – Statsforfatningsrett s. 213

²¹ Andenæs – Alminnelig strafferett s. 115

²² Rt. 1952 s. 989

holdet kan henføres under... Dommen vil derfor måtte bli å oppheve”²³.

Høyesterett sa seg imidlertid enig med byretten i at handlingene i prinsippet var forkastelige og burde vært belagt med straff.

Tanken om at man skal kunne ha en straffelov som i perfekt detalj beskriver alle tenkelige lovbrudd domstolene kan bli stilt ovenfor, helt uten tolkning, er forlatt²⁴. Lovverket blir nok aldri helt komplett, og vil alltid være gjenstand for politisk- så vel som juridisk debatt.

Det at straffelovgivningen ikke gir grunnlag for domfellelse av tilfeller man burde belagt med straff, enten om det er pga. upresis formulering fra lovgiver, eller rett og slett bare utelatt i sin helhet, er både problematisk og hensiktsmessig på en og samme gang. Det er ikke rent uvanlig at lovgiver, på bakgrunn av at rettspraksis synliggjør mangler ved lovgivningen, utarbeider ny lov for å fange opp ”hullene” som eksisterer.²⁵

Eksempelvis førte telefonsjikanedommen, som beskrevet ovenfor, til spørsmål om lovendring, og resulterte i vedtakelsen av straffeloven § 390. Endringen tok sikte på å omfatte hendelser som beskrevet i dommen. Straffelovrådets innstilling uttalte:

”Den rettsavgjørelse som er den direkte foranledning til at saken nå er tatt opp – ’telefondommen’ i Rt. 1952 side 989 – har iallfall klarlagt ett område hvor beskyttelsen mot psykiske krenkelser er helt utilstrekkelig. Men det må antas at behovet for beskyttelse går videre enn dette. Den enkelte trenger ikke bare vern mot sjikanøse telefonoppringninger, men også mot sjikanøse henvendelser på gaten eller i hjemmet. At slike former for sjikane ikke sjelden finner sted, kan det neppe være tvil om”²⁶

²³ Rt. 1952 s. 989 – side 990 avsnitt 2.

²⁴ Til sammenlikning: ”Allgemeines Landrecht Für die preussischen Staten” (ALR) Eirik Annens – Den Europeiske rettens historie s. 210-211

²⁵ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 104

²⁶ Ot.prp.41.1954 s. 22

Klarhetskravet etter Grl § 96, slik det er utformet i Norge gjennom høyesterettspraksis, er likevel ikke den eneste hjemmelen som setter skranker ovenfor lovgiver og domstolene med tanke på klar utforming av straffelovhjemmel.

Etter ratifiseringen av EMK²⁷ gjelder reglene i konvensjonen som norsk lov. Jeg vil i det følgende se nærmere på hva som ligger i klarhetskravet etter EMK art. 7.

2.2 EMK artikkel 7

Artikkel 7.1: ”No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed”

Artikkelen er en konvensjonsfesting av strafferettens legalitetsprinsipp²⁸. Bestemmelsen gjelder utelukkende på strafferettens område. Saker som ikke knytter seg til spørsmål om straff, vil ikke omfattes av art. 7²⁹. At det må være snakk om en straffbar handling står, i likhet med Grl § 96, sentralt ved anvendelsen av art. 7.1. Jeg vil komme nærmere inn på straffebegrepet i forhold til klarhetskravet og hva som ligger i dette under punkt 2.2.1. og punkt 2.2.2.

Artikkel 7. krever videre at ingen skal dømmes foruten brudd på en eksisterende lovbestemmelse. Bestemmelsen, i likhet med Grunnloven § 96, omfatter både lovgivningen på den ene siden, og straffedomstolene på den andre. Bestemmelsen forbyr i tillegg straffelovgivning med tilbakevirkende kraft³⁰. I bestemmelsen ligger det også et krav om at en straf-

²⁷ Se fotnote 3 og 4

²⁸ ”The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jacobs and Robin C. A. White. S. 162.

²⁹ EMD - Lawless v Ireland 1970

³⁰ Sml Grl § 97

fehhjemmel ikke skal gis videre anvendelse og betydning gjennom utvidende tolkning og analogi³¹. I likhet med norsk rettspraksis forståelse av klarhetskravet, er også EMK art. 7.1 forstått slik at lovgivning på strafferettens område, altså den straffbare handling, må være tilstrekkelig tilgjengelig og formulert så presist at borgerne har mulighet til å tilegne seg tilstrekkelig kunnskap for å regulere sin atferd³².

2.2.1 Straffebegrepet i forhold til Grunnloven § 96

Grunnloven § 96 kommer kun til anvendelse i saker om straff. Det blir derfor viktig å nærmere klarlegge hva som ligger i ordet straff etter bestemmelsen.

Begrepet straff kan forstås på mange måter. Man taler gjerne om straff når man gir sine barn husarrest og man taler om straff ved tilleggsgebyr når man er for sen med å betale regningene sine. Vi definerer gjerne forbrytelse som en handling som er belagt med straff. Men hva er straff? Som tidligere nevnt under punkt 1.3 er straff definert slik i Norsk Rettspraksis:

”Et onde som staten tilfører en lovovertreder på grunn av lovovertredeisen i den hensikt at han skal føle det som et onde”³³.

Det er akseptert at dette utgjør utgangspunktet for vurderingen av hva som er straff i Grunnlovens forstand.³⁴ Andenæs har følgende kommentar til definisjonen av straffebegrepet:

- a) ”Straffen er et onde som staten tilfører en lovovertreder. Liknende forholdsregler

³¹ ”The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jacobs and Robin C. A. White. S. 162 og 163.

³² App. 13079/87, G v. Federal Republic of Germany, 6 Mar, 1989, Cantoni v. France avsnitt 29, Achour v. France avsnitt 43, (sml Rt. 1933 s 212 og Rt. 1931 s 1173)

³³ Jfr. Rt. 1977 s. 1207

³⁴ NOU 2003: 15 5.1.1 ”Begrepet straff”

som blir truffet av private, faller utenfor straffebegrepet i vanlig mening. En gruppe er konvensjonalbøter som partene i en avtale forplikter seg til å betale hvis de misligholder kontrakten.”

- b) ”Straffen ilegges som følge av en begått lovovertrædelse. Inngrep som bare tar sikte på å avverge en fare eller en ordensforstyrrelse, er ikke straff. Således når en farlig sinnssyk blir lagt inn i psykiatrisk sykehus, en smittefarlig person blir isolert eller en overstadig beruset blir satt i drukkenskapsarrest”.
- c) ”Straffen er et tilsiktet onde. Derved skiller straffen seg fra erstatningen, som blir fastsatt ut fra det øyemed å holde den skadelidte skadesløs”.³⁵

Straffen må altså komme fra statsmakten, gjelde for en bestemt lovovertrædelse og den må være et tilsiktet onde.

Straffeloven § 15 oppstiller de alminnelige straffer. For å nærmere klarlegge hva som er straff etter Grunnloven § 96, må man se på de aktuelle straffebudene i straffelovgivningen, og lovgivningen for øvrig. Det at loven bruker betegnelsen ”straff” er et viktig, men ikke avgjørende holdepunkt, for å klargjøre om vi snakker om straff i forhold til klarhetskravet.

Dersom lovgiver betegner et forhold som noe annet enn straff, f. eks inndragning av skjenkeløyve eller liknende, er det dermed ikke sagt at bestemmelsen faller utenfor straffebegrepet i Grunnloven.

Eksempelvis nevnes Rt. 1928 s. 1051 der en medisinstudent hadde unndratt seg militærtjeneste og videre nektet å utføre sivilarbeid. Høyesteretts flertall opprettholdt sitt standpunkt om at straffearbeid, som det her var tale om, ikke var å anse som straff. Dette på bakgrunn av at dette ikke var lovgivers intensjon. Dissenterende dommer Hazeland:

” Om det for vernepliktige civilarbeidere bestemte tvangsarbeide (lov 24 mars 1922 nr. 5, jfr. lov 10 juli 1925 nr. 3 § 4) maa det kanskje antages at det av lovgiveren er ment ikke at

³⁵ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 10-11

skulle betragtes som straf, skjønt herom intet uttrykkelig er sagt enten i loven eller saavidt sees i forarbeiderne. Like overfor grundlovens § 96 vil dog dette i alle tilfælder være uten avgjørende betydning, hvis forføiningen allikevel har de for straf sedvanlige egenskaper. At dette her er tilfældet, finder jeg for min del litet tvilsomt. Jeg finder ogsaa denne opfatning bestyrket ved teoriens forklaring av straffens begrep, jfr. Morgenstjerne: Statsforfatningsret side 630, utgave 1900, og Aschehoug III, side 17, 2den utgave.”³⁶

Dissenterende dommer presiserer her at en handling sanksjonert ved lov er betegnet som straff fra lovgivers side, er uten avgjørende betydning ovenfor Grunnlovens § 96, dersom bestemmelsen har strafferettslige egenskaper. Dette er også omtalt som reaksjoner med ”pønalt” formål eller preg. Dette standpunktet er også betraktet som gjeldende rett etter EMD, som jeg vil gå nærmere inn på i neste delkapittel.

Det skal for ordens skyld nevnes at den ovennevnte dom har blitt fulgt opp av Høyesterett i flere avgjørelser. Blant annet Rt. 1930 s. 1486 og Rt. 1966 s. 1395. Henvisningen til dissenterende dommers uttalelse er kun et uttrykk for de momenter som ligger bak vurderingen om hvorvidt en sanksjon skal betegnes som straff eller ikke i Grunnlovens forstand.

Høyesterett har gjennom sin praksis vist tilbøyelighet til å ikke gå imot lovgivers uttrykk for om sanksjoner er straff eller ikke.³⁷ Videre har rettspraksis trukket opp grenser for hva som faller utenfor og innenfor straffebegrepet i Grunnloven. Da en utførlig behandling av hva Høyesterett har betegnet som straff vil måtte ta betydelig plass i oppgaven, nøyer jeg meg med å vise til Arne Fliflets kommentarutgave til Grunnloven s 392, NOU 2003: 15 5.1.1 og Asbjørn Strandbakken – Jussens Venner 2004, for en nærmere innføring i temaet.

2.2.2 Straffebegrepet etter EMK

I EMK er ”criminal offence”, ”criminal charge” oversatt som straff. EMD har i sin praksis

³⁶ Se Rt. 1928 s. 1051

³⁷ Se Rt. 1973 s. 846

lagt til grunn at straffebegrepet etter EMK er selvstendig. Altså er det ikke avgjørende om konvensjonsstatene selv beskriver en handling som straffbar.

Det EMD i sin praksis har lagt vekt på ved avgjørelsen av hvilke sanksjoner som skal anses som straff i forhold til EMK, avgjøres ut fra hva konvensjonslandet selv betegner sanksjonen som, lovbruddets karakter og sanksjonens innhold og alvor³⁸. Ofte referert til som ”engelkriteriene”. Engelsaken³⁹ dreide seg om straffebegrepet i forhold til art. 6, men det anses som sikker rett at kriteriene er gjeldende ovenfor artikkel 7. Dette er også praktisert av Høyesterett.⁴⁰ De tre kriteriene vurderes som en helhet, slik at det ikke utelukker at en sanksjon blir definert som straff, selv om ett av kriteriene ikke anses oppfylt. Praksis som definerer straffebegrepet i forhold til en bestemt konvensjonsartikkel, vil kunne få betydning ovenfor straffebegrepet i andre artikler. Dette er fulgt opp i Høyesterett jfr. Rt. 2012 s. 1051 (34).

2.2.3 Lovgivers forhold til straffebegrepet

Hva som defineres som straff har stor betydning for rekkevidden av klarhetskravet, både ovenfor den dømmende- og den lovgivende makt. Som beskrevet i punkt 2.1 ”telefonsjikanedommen”⁴¹, kan kravet til klar hjemmel få følger for fremtidig lovgivning ved at det avdekkes mangler ved gjeldende rett.

Når det gjelder straffebegrepet i forholdet til Grunnloven og EMK, vil også lovgiver måtte vurdere konkret i det enkelte tilfellet om nye sanksjoner kan rammes av klarhetskravet i strafferetten, eller ikke. Til illustrasjon nevnes NOU 1997:11 Lov om kriminalitetsofferfond pkt 6.4.2. der forholdet til Grunnloven § 96 omtales:

”I utredningen foreslås det at det opprettes et kriminalitetsofferfond som finansieres ved at

³⁸ Engel and others v. The Netherlands, Oppfulgt i Rt. 2010 s. 1121, Sml også Rt. 1928 s. 1051

³⁹ Engel and others v. The Netherlands

⁴⁰ Rt. 2003 s. 1100, Jfr Rt. 2004 s. 645, Rt. 2003 s. 1376

⁴¹ Rt. 1952 s. 989

alle som blir ilagt en strafferettslig reaksjon betaler en avgift tilsvarende ett rettsgebyr. At man eventuelt velger å kalle betalingsplikten til fondet for avgift fremfor straff, behøver ikke å være avgjørende i forhold til Grl. § 96. Det er realiteten som avgjør, og man kommer ikke utenom § 96 ved å kalle en straff for noe annet. Se Andenæs 1990 s 416. Man må derfor foreta en materiell vurdering av sanksjonen”.

Forslaget resulterte forøvrig ikke i lovgivning.

Et annet eksempel fra forarbeidene som gjaldt forslag om overtredelsesgebyr for brudd på deltakerloven § 28 tar også stilling til straffebegrepet etter Grunnloven:

”Overtredelsesgebyr vil kunne ha visse fellestrekk med en straff, og det må påses at ordningen ikke kommer i strid med Grunnloven § 96 om at ingen kan straffes uten etter dom. For å sikre dette, har Eierskapsutvalget foreslått at overtredelsesgebyret skal skrives ut tilsvarende som et forelegg. Det er foreslått at den ansvarlige oppfordres til å vedta gebyret innen en frist på 30 dager. Dersom forelegget ikke er vedtatt innen fristen, må fiskerimyndighetene bringe saken inn for rettsapparatet”⁴²

Her ser man at lovgiver ikke ønsker at visse sanksjoner skal anses som straff. Sanksjoner med et visst strafferettslig preg over seg, vil hensiktsmessig vurderes opp mot både EMK og Grunnloven før vedtakelse. Forskjellen i kravet til presis utforming dersom en sanksjon anses som straff, etter Grunnloven eller EMK, enn utenfor deres område, kan være relativt stor.

De spesielle straffebudene i straffelovgivningen og lovgivningen for øvrig er ikke alltid like klart utformet. Dette kan by på utfordringer for den dømmende makt når de tilstreber å ha klar hjemmel for å straffedømme noen. Både forholdet til Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 må tilfredsstilles.

⁴² Ot.prp. nr 70 (2003-2004) Om lov om endring i lov 26. mars 1999 nr 15 om retten til å delta fiske og fangst (deltakerloven) pkt. 5.3

Jeg vil i det følgende undersøke nærmere hvordan klarhetskravet er kommet til uttrykk og forstått gjennom høyesteretts- og etter EMDs praksis.

3 Rettstilstanden nasjonalt og internasjonalt

3.1 Innledning

Som tidligere påpekt er Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 bestemmelser som tar sikte på å beskytte de samme interesser. De forskjeller som dukker opp gjennom utviklingen og tolkningen av disse bestemmelsene, er interessante. Eksempelvis kan utformingen av straffebegrepet nevnes. Der hvor det i norsk rett har blitt betegnet som: ”et onde som staten tilfører en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde”⁴³, kontra Engelkriteriene utviklet av EMD⁴⁴, er interessen i å avklare begrepet den samme. Det er blant annet det felles formål og de felles bakenforliggende hensyn som gjør at rettstilstanden nasjonalt, i stor grad vil være avhengig av utviklingen internasjonalt.

Når man taler om kravet til klar lovhjemmel etter Grl § 96 og EMK artikkel 7, er det for så vidt det samme man spør seg om. Gyldigheten av et hjemmelsgrunnlag som beskriver en viss handling og tillegger den straff. Det at bestemmelsene ivaretar de samme interesser, skulle tilsi at avgjørelsen om noe strider mot § 96 eller art. 7 var sammenfallende.

Et naturlig spørsmål i denne sammenheng vil være om det kan tenkes at et resultat vil følge av Grunnloven men ikke etter EMK. Samtidig vil det måtte være relevant å nærmere klarlegge hvor stor betydning EMDs forståelse av EMK artikkel 7 skal ha ovenfor norsk rett og forståelsen av Grunnloven § 96. Dette vil jeg behandle nærmere under punkt 3.2.

⁴³ Se Rt. 2012 s. 313

⁴⁴ jfr. Engel and Others V. The Netherlands

Jeg vil først se nærmere på hvordan Grl § 96 og EMK art. 7 er tolket og anvendt i Norsk rettspraksis, for deretter å se på hvordan EMK art. 7 er anvendt av EMD.

3.1.1 Klarhetskravet etter norsk rettspraksis

”Særlig hvor det gjelder den almindelige straffelov, maa landets borgere ha krav paa at faa klar beskjed om, hva de kan straffes for”.⁴⁵

Utgangspunktet, som her sitert, gir lite rom for å misforstå hva Høyesterett har ment.

I Rt. 1938 s. 271 ble et bryggeri forsøkt straffet etter Lov av 5. april 1927 § 18, 2. ledd om bryggeris rett til salg av øl til forbrukere. Spørsmålet var hvordan uttrykket ”umiddelbart fra bryggeri” måtte forstås.

Påtalemyndigheten fremhevet at bestemmelsen kun tillot utsalg av brygg fra bryggeriets fabrikklokaler, ut ifra forståelsen ”umiddelbart”.

Høyesterett var imidlertid ikke enig i denne forståelsen av lovteksten og fremhevet, ved førstvoterende:

”Hvis et forhold som det som foreligger i denne sak skal være forbudt, må det efter min mening være klart uttrykt i loven. Men det er det ikke”.

”Umiddelbart fra bryggeri” måtte forstås slik at utsalgsstedet ikke nødvendigvis behøvde å ligge på selve produksjonsområdet, men kunne være f. eks en kontorbygning som lå et annet sted.

I denne saken forstår Høyesterett begrepet ”bryggeri” som at også bryggeriets kontorlokaler er omfattet av bestemmelsen. Det kan vanskelig sies at en naturlig språklig forståelse skulle tilsi et annet resultat.

⁴⁵ Rt. 1933 s. 212

I dette tilfellet var det, fra påtalemyndighetenes side, ikke fremholdt analogislutninger eller utvidende tolkning av begrepet, men en streng forståelse av ordlyden.

Den presisjon som kreves av lovteksten er ikke nødvendigvis en låst standard som får lik anvendelse uansett sak. Hvor sterkt kravet til klarhet står, kan variere.

Til illustrasjon kan man se på en sak fra lagmannsretten og en annen fra Høyesterett om to vidt forskjellige forhold.

I LB-2003-01490 ble tiltalte i tingretten dømt etter Strl. § 162, 1. og 2. ledd, jf. 5. ledd. Anken til lagmannsretten gjaldt lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Tiltalte anførte at legemiddeloven § 22, jfr. narkotikaforskriften § 2 første ledd, jfr. § 3 ikke fylte kravene til strafferettslig lovhjemmel, jfr. Grunnloven § 96. Stoffet monoacetylmorfin, som er et derivat, og dermed faller inn under beskrivelsen i narkotikaforskriften § 2. annet ledd, likestilles med narkotika⁴⁶. Tiltaltes forsvarer anførte:

”Det må være et minimumskrav at de stoffer som kan belegges med straff, står på selve narkotikalistens. Dette må særlig gjelde når lovgiveren heller ikke har gitt nærmere kriterier for hvilke retningslinjer som skal gjelde for klassifisering som derivat. Straffverdigheten vil nå avhenge av et skjønn som blir utøvet av andre enn lovgiveren, hvilket fører til manglende forutsigbarhet.”

Lagmannsretten så seg enig med tiltalte i at det måtte være visse krav til klarhet og presisjon i lovutformingen, slik at hensynet til forutberegnelighet kunne ivaretas. De var også enige i at det var mindre nødvendig å bruke rettslige standardiserte kriterier⁴⁷, som ”derivater”, enn på andre samfunnsområder. Likevel anså lagmannsretten kravet til klar lovhjemmel oppfylt etter Grl § 96.

⁴⁶ Se Domssammendrag

⁴⁷ Se eget kapittel 4.2 ”Rettslige standarder”

”Lagmannsretten finner imidlertid ikke at presisjonskravet til en strafferettslig hjemmel går så langt at man bare kan ramme befatning med stoffer som uttrykkelig er omtalt i narkotikalisten. De grunnleggende krav om klarhet og forutsigbarhet anses oppfylt for stoffer som utvilsomt er å anse som derivater av stoffer på narkotikalisten”.

Her ser vi at lagmannsretten taler for at kravet til klarhet og presisjon i lovutformingen ikke er likt for hele strafferetten. Lagmannsretten oppsummerer dette ved å si at:

”Hjemmelskravet kan ikke trekkes så langt at man skal beskytte personer som uten aktverdig grunn vil balansere på lovens grense for det straffverdige”.

Man kan altså ikke automatisk trekke en rettsregel ut i fra kravet om klar lovhjemmel, og si at det får lik anvendelse på hele strafferettens område. Jeg vil senere i oppgaven se på hva som ser ut til å utgjøre den samlede vurdering bak klarhetskravets varierende gjennomslagskraft.

Det er viktig å presisere at lagmannsrettens dom, isolert sett ikke kan tillegges noen stor rettskildemessig vekt. Dommen later likevel å være i tråd med det som etter EMDs praksis må være gjeldende rett⁴⁸. Til sammenligning vises det til dommen *Cantoni v. France*, som jeg behandler senere i besvarelsen.

I Rt. 2012 s. 1211 (*Bergekjennelsen*) hadde siktede i en blogg på internett oppfordret til drap på polititjenestemenn. Siktelsen gjaldt brudd på strl. § 140: ”Den som offentlig oppfordrer eller tilskynder til iværksettelsen af en strafbar handling”. Høyesteretts ankeutvalg tok utgangspunkt i at spørsmålet om en handling skal anses forøvet i ”offentlighet” er uttømmende regulert i strl. § 7 nr. 2. Alternativet ”trykt Skrift” som videre er definert i strl. § 10 var det eneste aktuelle alternativ å anvende på faktum.

⁴⁸ Jfr. *Cantoni v. France*

Ankeutvalgets flertall konkluderte med at handlingene var klart straffverdige og at formålsbetraktninger tilsa at det ikke burde være noen forskjell på ytringer gitt via internett eller i trykt skrift (aviser, tidsskrifter og liknende). Videre uttaler Høyesterett at det heller ikke anses tvilsomt at lovgiver ønsker å ramme uttalelser gjort på internett.⁴⁹

Likevel kom retten, i likhet med tidligere rettsinstanser, frem til at straffbarheten må følge av loven, og at tilfellet ikke var omfattet av ordlyden i strl. § 140 jfr. §§ 7 nr. 2 og 10. Det har i ettertid av Bergekjennelsen blitt fremmet forslag om lovendring⁵⁰.

Dersom man først sammenligner denne kjennelsen med den tidligere nevnte ”telefonsjikanedommen”⁵¹, kan man raskt se likheten ved at de handlinger som siktelsen omfatter, gjerne kan anses som forkastelige og klart straffverdige etter sin natur. Likevel står kravet til klar lovhjemmel etter ankeutvalgets mening så sterkt at en utvidende lovtolkning ikke kan komme på tale. Det at lovgivers vilje skulle tilsi straff er uten betydning for anvendelsen av klarhetskravet⁵². Lovgivers mening må klart fremgå av lovteksten⁵³.

De enkelte straffebud og gjerningsbeskrivelser må i hvert enkelt tilfelle konkret vurderes opp i mot den handling man forsøker å angripe. Ved fastleggelsen av hvor langt klarhetskravet rekker, og hvor mye rom for tolking man eventuelt skulle ha på et straffebud, vil det ofte knytte seg forskjellige vurderinger. Som eksempel kan det vises til lagmannsrettens uttalelse, som Høyesterett siterer i Bergekjennelsen⁵⁴:

”Lagmannsretten vil for sin del bemerke at kravet til klar lovhjemmel for straffeansvar ikke

⁴⁹ Rt. 2012 s. 1211 (avsnitt 22)

⁵⁰ se Prp.53 L (2012-2013) og Inst.221 L (2012-2013)

⁵¹ Se Rt. 1952 s. 959

⁵² Rt. 2012 s. 1211 (avsnitt 18 – utdrag fra lagmannsrettens dom), se også Rt. 2011 s. 469.

⁵³ Rt. 2011 s. 469 (avsnitt 9 og 12 jfr. Rt 2012 s. 1211 avsnitt 18)

⁵⁴ Rt. 2012 s. 1211 (avsnitt 17 – utdrag fra lagmannsrettens dom)

minst vil være av betydning i saker hvor straffebudet innebærer en begrensning av yttingsfriheten”.

Dette taler for at Høyesterett ved vurderingen av klarhetskravets rekkevidde vil kunne legge vekt på hvilke andre beskyttelsesverdige interesser man står ovenfor.

I Bergekjennelsen⁵⁵ går Høyesterett grundig til verks i drøftelsen av det nærmere innhold i klarhetskravet, men det gjenstår å se om kjennelsen får tilslutning i fremtidig praksis. Som selvstendig rettskilde står nok ikke en dissensavgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg uangripelig.

3.1.2 Klarhetskravet etter EMK

”Article 7 para 1. of the Convention confirms the general principle that legal provisions, which interfere with individual rights must be adequately accessible, and formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct.”⁵⁶

Sammenligner man denne uttalelsen med den gitt av norske domstoler⁵⁷, som vist til under punkt 3.1.1, ser man en klar likhet i forståelsen av hva som ligger i klarhetskravet på tvers av domstolene.

EMD har tolket det slik at tilgjengelighet og forutsigbarhet til lovtekst, skal være sentralt. Spesielt er kravet til presisjon i utformingen av lovtekst en viktig side av forutberegneligheten.⁵⁸ Der hvor rettsgrunnlaget i norsk strafferett etter Grl § 96 alltid skal være norsk lov, er ikke hjemmelskravet det samme etter EMK. Kravet til hjemmel eller rettsgrunnlag etter

⁵⁵ Rt. 2012 s. 1211

⁵⁶ G. v Federal Republic of Germany App. 13079/87 6. Mar 1989

⁵⁷ Rt. 1933 s. 212

⁵⁸ Rt. 2011 s. 469 (avsnitt 9 og 12 jfr. Rt 2012 s. 1211 avsnitt 18)

EMK kan også være sedvanerett eller folkerett⁵⁹. Uttrykket ”legal provisions”⁶⁰ underbygger dette og er en langt videre terminologi enn ”law” eller ”criminal law.”⁶¹

Denne fundamentale forskjellen i hjemmelsgrunnlaget kan enkelt forklares med at de forskjellige konvensjonslandenes rettssystem ikke har utviklet seg på samme måte. Dersom EMDs tolkning og anvendelse av konvensjonen skal få noen reell gjennomslagskraft, må den kunne være anvendelig uavhengig av måten strafferettens hjemmelsgrunnlag har oppstått på. Eksempelvis kan nevnes ”Common Law” fra Storbritannia, og andre lovsystemer som gjør alle domstolsavgjørelser til prejudikater, og derfor fremtidige selvstendige hjemmelsgrunnlag. Dersom konvensjonens forståelse av klarhetskravet kun ville vært anvendelig på hjemmel i lovs form, ville den ikke kunne vært anvendelig ovenfor eksempelvis systemer med tilslutning til ”Common Law”.

Det er likevel slik at det som er praksis internt i konvensjonslandet har betydning for hvordan man skal forstå rekkevidden av lovkravet. I Norge har vi ingen tradisjon for å utvikle straffebud gjennom rettspraksis. Selv om konvensjonen åpner for at rettsgrunnlaget kan være sedvanerett, vil nok ikke dette kunne gis gehør ovenfor en norsk domstol. Da også med tanke på at Grunnlovens § 96 er tolket slik at hjemmelsgrunnlaget må være i lovs form.

Uansett hvilket rettsgrunnlag man står ovenfor er kravet til klarhet det samme. Selv om man baserer seg på rettspraksis, som i Storbritannia, må denne rettspraksisen være så presist utformet og tilgjengelig at den ikke strider mot konvensjonen.

I likhet med norsk rettspraksis, er klarhetskravet etter EMK forstått slik at vage ord og for-

⁵⁹ The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jacobs and Robin C. A. White S. 164-165 og X v. Austria, 12 Mar. 1981 App. 8490/79

⁶⁰ Rt. 2012 s. 1211 (avsnitt 17 – utdrag fra lagmannsrettens dom)

⁶¹ Se også S.W v The UK 1995 – 35-36

muleringer kan være i strid med konvensjonen⁶². Uttrykk som eksempelvis ”utilbørlig atferd”, hvis mening ikke kan utdypes spesifikt uten å måtte foreta en vid tolkning, vil kunne ha vanskelig for å oppfylle de krav til klarhet som konvensjonen oppstiller. Dette gjelder likevel ikke absolutt. Hvordan et uttrykk i lovtekst er tolket og forstått i domstolenes praksis, vil måtte tas med i vurderingen av hvorvidt kravet til klarhet og forutberegnelighet er oppfylt.

Til illustrasjon kan nevnes saken *X. v. Austria*⁶³, der klageren hadde blitt dømt for homoseksuell atferd, etter den dagjeldende østerrikske straffeloven av 1852. Loven gjorde ”unaturlig uanstendighet” (i dommen ”unnatural indecency”) straffbart. X anførte at en snevert tolkning av begrepet var påkrevd av artikkel 7, og at det med utgangspunkt i et snevert tolkningsresultat av uttrykket kun ville være tale om sodomi, noe han ikke hadde utført. X anførte videre at den handlingen han hadde utført (gjensidig masturbasjon), bare ville anses som straffbar ved utvidende tolkning av bestemmelsen.

EMD (kommisjonen) sa seg enig med X i at utvidende tolkning potensielt kunne være konvensjonsstridig. Likevel ga de ikke X medhold på bakgrunn av at tolkningspraksisen Østerriksk Høyesterett hadde lagt seg på, var gjeldende rett på det tidspunktet handlingen var begått og på det tidspunktet han ble dømt.

Her ser vi en klar tendens til at en eventuell uklarhet i lovteksten, ikke nødvendigvis anses som uklar etter EMK art. 7, dersom tolkningspraksisen fra nasjonale domstoler tilsier en viss forståelse av ordlyden. Rettsteknisk kan man undre seg over hvor grensen går for når rettspraksisen vil anses som mindre klar og lite tilgjengelig.

⁶² The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jacobs and Robin C. A. White S. 165

⁶³ App. 4161/69 *X. v. Austria* 22 July 1970 og The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jacobs and Robin C. A. White S. 164

Det vil være naturlig å spørre seg om det samme utgangspunktet vil være gjeldende for forståelsen av Grunnlovens § 96. Norsk lovtekst, selv straffelovgivningen, er ikke så presist utformet at tolkning er utelukket. En naturlig språklig forståelse eller ordlydstolkning anses som akseptert og fremstår som den klare hovedregelen ved anvendelsen av straffeloven.

Man kan argumentere for at straffeloven av 1902 er skrevet på et slikt språk, at man tilnærmet må være utdannet jurist for å forstå den i sin helhet. Og hva gjelder kravet til klarhet og forutberegnelighet, vil man da også kunne tenke seg at utformingen av straffeloven kunne blitt ansett som konvensjonsstridig etter artikkel 7, og for så vidt grunnlovsstridig etter § 96.

Det må imidlertid være klart at lovtekst må kunne tolkes etter sin ordlyd av domstolene for å nærmere klarlegge dens innhold⁶⁴. Den tolkningspraksis domstolene legger seg på må i utgangspunktet anses som tilstrekkelig til at klarhetskravet anses oppfylt. EMD har uttalt følgende:

”However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaption to changing circumstances. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen”⁶⁵.

Sentralt i uttalelsen (når man forsøker å forstå rekkevidden av klarhetskravet og hvor langt man kan tolke et straffebud) er rimeligheten. Altså hva man med rimelighet måtte kunne forvente at var straffbart ut i fra lovtekstens ordlyd. Dette må utvilsomt være hovedregelen

⁶⁴ Jfr. Kokkinakis v. Greece, Cantoni V. France

⁶⁵ S.W. v the UK 1995 – 35 – 36

også etter norsk intern rett.

I saken *Cantoni v. France* ble en privatperson dømt for ulovlig salg av legemidler. Klager (Cantoni) mente at legemiddeldefinisjonen i den nasjonale lovgivningen var så vagt utformet, og innbydde til en så utvidende tolkning, at han umulig kunne forutse at det var ulovlig å selge produktet. Retten uttalte imidlertid:

”Selv om det er et prinsipp at den straffbare handling må være klart definert i loven, så er kravet til klarhet oppfylt i de tilfeller hvor individene kan oppnå den samme kunnskapen om straffbarheten gjennom rettens tolkning av det enkelte straffebud (rettspraksis)”.⁶⁶

Retten uttalte videre: ”på generelt grunnlag, at lover og deres utforming av ord og uttrykk ikke alltid kan gjøres presise. Og at det er vanlig, på visse områder å bruke generelle begreper og kategorisering i stedet for uttømmende lister over hva som er ulovlig [til sammenligning se LB-2003-01490, Rt. 2009 s. 780, Rt. 2010 s. 481]. Behovet for at lovteksten raskt må kunne fange opp nye varianter av straffbare forhold, vil ofte resultere i at visse lover, i større eller mindre grad utformes med en viss vaghet eller uklarhet. Hva som nærmere ligger i slike begreper må kunne basere seg på rettspraksis.”⁶⁷.

Dommen har fått tilslutning i en rekke saker av EMD i ettertid.⁶⁸ I Rt. 2008 s. 1582 inntar Høyesterett det samme utgangspunkt, og uttrykker at kravet til klarhet er oppfylt der lovtolkningen av straffebudet fremgår av rettspraksis⁶⁹.

Ut i fra dette kan man si at EMD åpner for at en uklar lovhjemmel likevel kan oppfylle

⁶⁶ *Cantoni v. France* 15 Nov. 1996 – 29 App 17862/91 Oversettelsessitat

⁶⁷ *Cantoni v. France* 15 Nov. 1996 – 31 App: 17862/91 Oversettelsessitat

⁶⁸ Se *Achour v. France* app: 67335/01 avsnitt 41, *Kononov v. Latvia* app: 36376/04 avsnitt 185

⁶⁹ Rt. 2008 s. 1582 avsnitt 18

kravet til presis utforming, dersom tolkningspraksisen har vært tilstrekkelig klar og presis.⁷⁰ Lovhjemmelen sammenholdt med tolkningspraksisen til de nasjonale domstolene skaper på denne måten rettsgrunnlaget, og oppfyller til sammen kravet til klar hjemmel etter artikkel 7.

I dommen LB-2003-01490, som omtalt i punkt 3.1.1. var tilfellet noe av det samme. Lovteksten anså derivater for likestilt med ulovlige legemidler. Lagmannsretten anførte at presisjonskravet til lovhjemmel ikke gikk så langt som å bare omfatte uttrykkelig omtalte stoffer i narkotikaforskriften.

Lagmannsretten viser ikke til EMD sine vurderinger i *Cantoni V. France*, men ser ut til å ta samme utgangspunkt. Nettopp det at tolkning i visse tilfeller er nødvendig på grunn av behovet for å belegge typetilfeller av straffbare handlinger med straff, slik at klarhetskravet ikke blir et skalkeskjul for aksept av lovstridige handlinger.

Lagmannsretten uttaler videre i dommen, om EMK artikkel 7: ”Det denne bestemmelsen tar sikte på å verne, er at det i nasjonal lovgivning er tilstrekkelig varsel om at en bestemt adferd vil kunne medføre straff”⁷¹. Uttalelsen oppsummerer kort det som fremkommer av dommen *Cantoni V. France*, og hva som ligger i klarhetskravet etter EMD.

Grensen for hva som sies å være innenfor kravet til klar hjemmel og hva som er utenfor, kan etter dette være vanskelig å få et godt grep om. På den ene siden skal rettslige standardiserte uttrykk unngås. Utvidende tolkning på grensen mot analogi til skade for tiltalte bør ikke forekomme. Samtidig tillater domstolene seg selv en vid tolkningsmargin og det foretas vag lovutforming i stor grad.

⁷⁰ Se også TFS. 2001-1 Lovskravet av Marius Emberland s. 61

⁷¹ LB-2003-01490 Lagmannsrettens uttalelse, avsnitt 12

Rimelighetsbetraktningene, som det er vist til tidligere⁷², spiller nok en stor rolle ved avgjørelsen av hvordan straffebud skal tolkes i lys av klarhetskravet, selv om det eksplisitt ikke alltid nevnes i rettspraksis. Om dette viser jeg til kapittel 6.3.3 i besvarelsen.

I Rt. 2009 s. 780 var det et relativt likt tilfelle som i saken LB-2003-01490. Dommen egner seg fint for å illustrere den hårfine grensen mellom hva som er tilstrekkelig klar hjemmel, og hva som ikke er det.

I likhet med lagmannsrettens dom, var det her tale om anvendelse av Strl § 162. Hvorvidt et stoff (i denne saken: GBL⁷³) var å anse som et derivat (av GHB⁷⁴) etter narkotikaforordningen, og dermed om det var straffbart å omsette.

Uttrykket i forskriften § 2. andre ledd ”derivat” og forholdet til EMK artikkel 7 og Grl § 96 ble videre drøftet:

”Ved tolkingen av derivatregelen må man ta utgangspunkt i den kjemiske derivatdefinisjonen. Bestemmelsen må imidlertid også undergis en formålsbegrensning. På denne bakgrunn må det være en forutsetning for at en forbindelse skal anses som "derivat" i forhold til narkotikaforordningen § 2 andre ledd, at forbindelsen ved ombytting av atomer eller atomgrupper kan avledes fra et stoff som står på narkotikalistens. Dessuten må forbindelsen ha en lignende rusvirkning som det stoffet det ble avledet fra, eller lett kunne tilbakeføres eller omdannes til et stoff som står på listen.”⁷⁵

⁷² The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jacobs and Robin C. A. White S. 165

⁷³ Gammabutyrolakton

⁷⁴ Gammahydroksylbutyrat

⁷⁵ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 29

Høyesterett uttalte videre: ”Selv om det er mulig å lage GBL av GHB, er GBL ikke avledet av GHB ved ombytting av atomer eller atomgrupper. Når dette ikke er tilfellet, kan GBL i forhold til narkotikaforskriften § 2 andre ledd ikke anses som derivat av GHB”⁷⁶.

Høyesterett anførte videre at GBL ikke var å anse som derivat etter narkotikaforskriften. Det ville derfor være i strid med kravet til klart rettsgrunnlag etter EMK artikkel 7 å dømme tiltalte. Resultatet er fulgt opp i Rt. 2010 s 481.

Ser man på lagmannsrettens dom, så var det snakk om et stoff som var å anse som derivat etter kjemiske betegnelser. I Høyesteretts dom var det motsatt. Det er her forskjellen virker mest markant. Man kan likevel stille spørsmålstegn ved om utfallet ville blitt det samme dersom saken hadde vært oppe for EMD. Hvis man sammenligner med de uttalelser gjort i saken *Cantoni v. France*⁷⁷, er det også gode holdepunkter for at kravet til klar hjemmel ville vært oppfylt. Dette blir likevel rent hypotetisk, og jeg vil ikke gå nærmere inn på det.

3.2 EMK som lex superior

Slik klarhetskravet er praktisert i Norge, kan det vanskelig tenkes tilfeller der klarhetskravet er oppfylt etter Grl § 96 men ikke etter EMK artikkel 7.

Det må være klart at EMK går foran Grunnloven ved motstrid, jfr. mnskrl § 3⁷⁸. Et spørsmål som da vil være relevant, er hvor stor betydning en avgjørelse fra EMD vedrørende artikkel 7 skal ha i norsk rettspraksis.

⁷⁶ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 30

⁷⁷ se App. 4161/69 X v. Austria 22 July 1970 og The European Convention on Human Rights” – Second edition. By. Francis G. Jabobs and Robin C. A. White S 164 og S.W v the UK 1995 -35-36

⁷⁸ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.05.1999 nr 30.

3.2.1 EMDs betydning i norsk rett

En dom fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen har først og fremst betydning for partene i saken. Eksempelvis vil EMDs domslutning i saken *Kokkinakis v. Greece* være rettslig bindende for konvensjonsstaten Hellas og klageren i saken. Dommen vil ikke uten videre ha noen formell rettskraft ovenfor andre konvensjonsstater. De avgjørelser som fremgår av EMD vil i utgangspunktet være rettskilder av betydning for tolkningen av EMK. De respektive konvensjonslandene vil nok innrette seg etter EMDs praksis, ikke fordi dommene har en automatisk rettskraft, men fordi man kan anta at domstolen i lignende saker vil komme til samme resultat⁷⁹.

I den nye straffelov av 2005 (ikke trådt i kraft) § 14 er det inntatt nok en lovfesting av hjemmelskravet på strafferetten. I forarbeidene uttales det følgende:

”Bestemmelsen nedfeller lovprinsippet i strafferetten, og skal forstås på samme måte som Grunnloven § 96 og hjemmelskravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon”⁸⁰.

Selv om den nye straffelov av 2005 ikke har trådt i kraft, vil forarbeidene til straffeloven rent rettskildemessig være interessante på vårt tilfelle da det ikke foretaes noen endring av gjeldende rett. At den nye bestemmelsen skal forstås på samme måte som Grunnloven § 96 og hjemmelskravet etter EMK, kan være et uttrykk for at lovgiver presumerer at det foretas en sammenfallende anvendelse av de to bestemmelsene, (jfr. uttrykket og).

Det vil nok ikke være for bastant å påstå at betydningen av EMDs forståelse av konvensjonen, på generelt grunnlag, har stor innflytelse på norsk praksis. Som eksempel i denne sammenheng kan nevnes Rt. 2005 s. 833 der Høyesterett kom til at:

⁷⁹ Se Internasjonale menneskerettigheter – Njål Høstmælingen s 92.

⁸⁰ Ot.prp.nr90 (2003-2004) om lov om straff s. 410

”Uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr.2 er til hinder for å anvende bestemmelsen i strl. § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, etter sin ordlyd. For å oppnå samsvar med konvensjonen, måtte det i strl. § 195 tredje ledd innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i § 196 tredje ledd”⁸¹.

Også når det kommer til innholdet i lovkravet vil det være i det norske rettsapparats interesse, så vel som lovgivers, at bestemmelsene harmonerer med hverandre. I Rt. 2011 s. 469 viste Høyesterett til både Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7, uten differensiering av bestemmelsene.⁸²

Norsk høyesterettspraksis om Grunnlovens § 96 er relativt sparsommelig. Man ser en klar tendens til at norske rettsteoretikere viser til EMDs forståelse av artikkel 7, også når de skal presisere innholdet i klarhetskravet etter Grunnloven.⁸³

Betydningen av EMDs praksis for forståelsen av klarhetskravet, ligger både i dens argumentative kraft, og som et utslag av trinnhøydeprinsippet⁸⁴. Det kan være gode holdepunkter for å anta at resultatet i en straffesak vedrørende klarhetskravet ville fortone seg likt, uavhengig av om man påberopte seg Grunnloven § 96 isolert sett, begge bestemmelsene, eller bare EMK art. 7. Men er det alltid slik? Kan det tenkes at et resultat som ville fulgt av konvensjonsfortolkningen ikke ville vært aktuelt etter Grunnloven?

Det er i denne sammenheng ikke nødvendigvis snakk om en eventuell motstrid mellom bestemmelsene, men de respektive rettskildenes nedslagsfelt. Altså om den ene favner videre, eller snevrere enn den andre. Hvor langt ut fra bestemmelsenenes kjerneområde må man gå for å eventuelt klarlegge potensielt forskjellige resultater?

⁸¹ Rt. 2005 s. 833 sitering av domssammendrag

⁸² Rt. 2011 s. 469 avsnitt 9

⁸³ Grunnloven Kommentartutgave – Arne Fliflet s. 116-117

⁸⁴ TFS 2001-1 Om internasjonale menneskerettigheter. Lovkravet i EMK art 7 – i Lys av nyere EMDpraksis av Marius Emberland.

3.2.1.1 Vil EMK artikkel 7 og § 96 alltid være sammenfallende?

En viktig rettskildeteknisk forskjell mellom artikkel 7 og Grl § 96 er at konvensjonens bestemmelse ikke har noe krav om at rettsgrunnlaget, som straffesanksjonen skal bygge på, må være gitt i skrevne rettsregler. Grunnlaget kan med andre ord basere seg på rettspraksis.⁸⁵

Slik Grunnloven er tolket må rettsgrunnlaget være gitt i loven. Dette medfører neppe noen praktisk forskjell for Norge som konvensjonsstat, da vi ikke har noen tradisjon for at rettsgrunnlag kan basere seg på rettspraksis alene. Spørsmålet vil derfor neppe komme for dagen.

Videre åpner begge bestemmelsene for at praksis om de særlige straffebede er tolket og forstått på en viss måte. Her også underforstått utvidende tolking⁸⁶. Utgangspunktene her er også like. Det er problematisk å finne avgjørelser fra praksis der behandlingen av de respektive bestemmelser ville ført til forskjellige resultater. Det kan være mer hensiktsmessig å spørre seg om EMDs forståelse av klarhetskravet hypotetisk ville ført til et annet resultat enn Høyesteretts, uavhengig av om artikkel 7 eller Grunnloven § 96 påberopes, og i så fall i hvilke tilfeller?

I saken *Grigoriades v. Greece*⁸⁷ hadde klager blitt dømt etter konvensjonsstatens interne militærstraffelov for å ha hånet militæret i et brev. Klageren anførte ovenfor menneskerettighetsdomstolen at uttrykket ”insult” i den nasjonale straffeloven, som var grunnlaget for hans domfellelse, ikke var tilstrekkelig klart utformet eller presist angitt, og dermed var i strid med hjemmelskravet i EMK artikkel 7.

⁸⁵ Eksempelvis Common Law. Se også dissenterende dommers uttalelse i Rt. 2002 s. 1069 (4. avsnitt s. 1075)

⁸⁶ Se *Cantoni v. France*, *X. v. Austria*, Rt. 1994 s. 1414

⁸⁷ *Grigoriades v. Greece*

Domstolen konkluderte med at rettsgrunnlaget var tilstrekkelig presist utformet. Den påpekte at man ved en naturlig språklig forståelse av loven måtte kunne påregne å bli straffet:

”It is true that Article 74 of the Greek Military Criminal Code was couched in very broad terms. Nonetheless, in the Court’s view, it met the above standard. On the ordinary meaning of the word “insult” – which is akin to the expression ‘offend’ – it ought to have been clear to the applicant that he risked incurring a criminal sanction. It follows that the interference complained of was “prescribed by law”⁸⁸.

Klageren fikk imidlertid medhold i sin anførsel om at ytringsfriheten etter EMK art. 10 var krenket.

Uten sammenlikning for øvrig, er det interessant å dra en parallell til Rt. 2012 s. 1211, som tidligere omtalt. Dette er riktignok en avgjørelse av Høyesteretts ankeutvalg, og man kan sette spørsmålstegn ved dens rettskildemessige vekt, men vurderingene er interessante:

”kravet til klar lovhjemmel for straffansvar ikke minst vil være av betydning i saker hvor straffebudet innebærer en begrensning av ytringsfriheten”.

Det later ikke til at EMD i sine vurderinger tillegger klarhetskravet en strengere anvendelse i saker der ytringsfriheten begrenses av straffelov.

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 1628 peker også i retning av at norsk rettspraksis tillegger klarhetskravet en mer fremtredende rolle når det ses i sammenheng med andre beskyttelsesverdige interesser:

”Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblema-

⁸⁸ Grigoriades v Greece para. 38

tisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven § 96. Jeg er enig med lagmannsretten i at denne type straffebestemmelser må tolkes med varsomhet, og at det gjelder enn mer når det som her er spørsmål om en standard som viser til en bestemt oppfatning av seksualitet og moral”⁸⁹

Videre viser Høyesterett til Myklesaken⁹⁰ der det fremholdes at tolkningen av ”rettslige standarder må ses i sammenheng med de grunnleggende prinsipper som Grunnloven § 96 og § 100 bygger på”.

I en eldre avgjørelse, Rt. 1922 s. 41, later det også til at Høyesterett tillegger ytringsfriheten vekt.

Etter en sammenligning av disse sakene, kan man spørre seg om norsk Høyesterett og EMD vektlegger forskjellige beskyttelsesverdige interesser når avgjørelsen om hvor strengt hjemmelskravet må forstås i det enkelte tilfellet.

Som svar på spørsmålet om artikkel 7 og § 96 alltid vil være sammenfallende, kan man konkludere med at det vanskelig kan tenkes gnisninger ved anvendelsen i norsk rett. Det er likevel verdt å merke seg at hjemmelskravet tilsynelatende får større gjennomslagskraft i norsk rett, når det er sammenholdt med andre interesser. Dette virker å ikke være tilfellet i saker av EMD.

Det er således gode holdepunkter for å hevde at klarhetskravet, slik det er anvendt i norsk rett, er et resultat av den praksis som ligger bak både Grunnloven § 96 og EMDs tolking og utvikling av konvensjonen.

Jeg vil senere foreta en nærmere vurdering av hvilke momenter domstolene ser ut til å til-

⁸⁹ Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16 (saken blir behandlet senere i besvarelsen)

⁹⁰ Rt. 1958 s. 479 (saken blir behandlet senere i besvarelsen)

legge vekt ved vurderingen av hvor strengt strafferettens hjemmelskrav skal forstås.

Jeg har nå forsøkt å belyse litt nærmere hvordan klarhetskravet er forstått av EMD og av norske domstoler. Det er tydelig at mye av de samme vurderinger er lagt til grunn.

4 Klarhetskravets gjennomslagskraft i praksis

4.1 Konsekvent dømming?

At kravet til klar lovhjemmel i utgangspunktet er et viktig bakteppe for tolkningen og anvendelsen av straffegrunnlag, er neppe tvilsomt. Resultatet i en straffedom bør basere seg på ordlyden i et straffebud⁹¹, ikke på vage formuleringer og skjønnsmessige vurderinger fra domstolene. Spørsmålet er om dette praktiseres med lik gjennomslagskraft uavhengig av hvilken handling det er tale om.

Anses kravene etter Grunnloven § 96 og EMK art.7 som strengere når det er snakk om å verne frie ytringer, kontra å verne en som er siktet for narkotikaforbrytelse? Hvor langt er domstolen villig til å strekke ordlyden i et straffebud for å dømme en som ved sin handling utgjør en fare for omgivelsene? Dette er noe av det jeg skal se på i det følgende.

4.1.1 Noen utgangspunkter

Som et utgangspunkt for den videre fremstillingen av domspraksis, vil jeg sammenligne to saker, fra to helt ulike tider, men som har tydelige likhetstrekk.

Begge avgjørelsene er omtalt tidligere. Rt. 1952 s 989. og Rt. 2012 s. 1211. Jeg viser til sakssammendrag under punkt 2.1 og 3.1

Selv om sakene gjaldt helt ulike forhold (i den eldre: sjikane, og den nyere: hatefulle yt-

⁹¹ Geir Heivoll og Sølve Robbestad – Statsforfatningsrett s. 214

ringer), anerkjenner Høyesterett i begge tilfellene at det er snakk om klart straffverdige og forkastelige handlinger, men at domstolens oppgave ikke er å endre på utdatert lovgivning. Den nyere dom av 2012 kan sies å være i samsvar med den eldre av 1952. Dette er i seg selv interessant, spesielt med tanke på inntoget av artikkel 7. og at det er 60 år mellom avgjørelsene.

Interessant er også en sammenligning av to andre, også tidligere omtalte dommer. LB-2003-01490 og Rt. 2009 s. 780.

Her lignet sakene i langt større grad, da begge tok for seg forholdet til klarhetskravet og tolkning av narkotikaforskriftens § 2 andre ledd.

I lagmannsrettens dom var det tilstrekkelig å presisere at stoffet det var snakk om, var å anse som derivat av opplistet stoff i narkotikaforskriften.

I høyesterettsdommen, var ikke stoffet (GBL) å anse som derivat av GHB, etter kjemisk terminologi, og falt derfor utenfor narkotikaforskriftens § 2 andre ledd. Dette virket å være det avgjørende i forhold til hjemmelskravet⁹².

I begge dommene kunne de respektive stoffene omgjøres til det opplistede ulovlige stoff, men bare det ene var å anse som derivat. Avgjørelsene er slående like, men med forskjellig resultat. De kan likevel ikke sies å være i strid med hverandre. Dommene er egnet til å illustrere et skjæringspunkt mellom tilfeller der tilstrekkelig klar hjemmel foreligger, og tilfeller der kravet anses krenket.

Hvor ofte domstolene dømmer strengt i tråd med kravet til klar hjemmel, er ikke nødvendigvis en enkel komparativ undersøkelse. I noen saker ser det ut til at Høyesterett kort og konsist utelukker utvidende tolkning av straffebestemmelser kun ved å vise til Grl § 96,

⁹² Sml Rt. 2010 s. 481

EMK artikkel 7, eller ved å si at kravet til klarhet ikke er oppfylt⁹³. I andre saker foretas derimot en nærmere vurdering, der ordlyden i den aktuelle bestemmelsen blir nærmere vurdert før det stadfestes at Grl § 96 og/eller EMK art 7 anses krenket eller ikke⁹⁴.

Ved å se på formuleringer i lovgivningen, som indikerer en sterk lovgiverintensjon om å tillatte den dømmende makt en vid skjønnsmargin ved tolkning av lovtekst, kommer domstolenes forhold om kravet til klar hjemmel nærmere på spissen.

Jeg vil i det følgende se litt nærmere på dette.

4.2 Rettslige standarder

En ”rettslig standard” er et ”skjønnsmessig vilkår eller uttrykk i en lovbestemmelse, som har et subjektivt og ikke-entydig innhold som gjerne angir en bestemt samfunnsmoralsk målestokk”⁹⁵.

Hvordan en rettslig standard forstås forandrer seg altså i takt med den samfunnsmoral som til enhver tid eksisterer. Et eksempel på en rettslig standard kan være ”utilbørlig atferd”⁹⁶. Rettslig standardiserte uttrykk blir gjerne brukt av lovgiver med tanke på at loven vil forstås forskjellig ettersom samfunnet forandrer seg.

Dette er i seg selv ikke uvanlig, men på straffelovgivningens område vil tvetydige uttrykk, hvis nærmere innhold må klarlegges gjennom tolkning, kunne by på problemer i forhold til kravet til klar lovhjemmel. Dette er uttrykkelig uttalt i Rt. 2005 s. 1628⁹⁷:

”Anvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblema-

⁹³ Se Rt. 1933 s. 212

⁹⁴ Se Rt. 2012 s. 1211, Rt. 2009 s. 780

⁹⁵ Jusinfo.no lenke: www.jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2034/2037 (Sist lest 11-04-13)

⁹⁶ Se eksempelvis Straffeloven av 1902 § 224

⁹⁷ Rt. 2005 s. 1628 avsnitt 16.

tisk på bakgrunn av de hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven § 96”

At et vagt uttrykk i loven nærmere blir klarlagt gjennom rettspraksis, er ikke problematisk i forhold til Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Dersom man ser til saken X v. Austria⁹⁸ (omtalt under punkt 3.1.2), der det var tale om ”unaturlig uanstendighet”, må det etter EMDs mening, selv om lovteksten kan oppfattes som uklar, være greit med rettslige standarder dersom tolkningspraksisen fra domstolene er ansett som gjeldende rett på tidspunktet for forbrytelsen.

Det naturlige spørsmålet blir videre hvordan dette stiller seg til samfunnets oppfatning av hva som ligger i et begrep. Det er på det rene at hva som omtales som ”utuktig” i dag, ikke nødvendigvis er det samme som utuktig for 50 år siden. Når kravet til klar hjemmel er basert på hensynet til borgernes mulighet til å innrette sin atferd etter lovteksten, kan dette til en hver tid være vanskelig å vurdere. Selv for domstolene og jurister for øvrig.

I Rt. 1958 s. 479 ble forholdet mellom rettslige standarder og Grunnloven § 96 drøftet. Spørsmålet i saken var om et skjønnlitterært verk ”Sangen om den røde rubin”, falt under ordlyden ”utuktig skrift” i dagjeldende straffelovs § 211 nr. 1. b. I ”Sangen om den røde rubin” ble det foretatt inngående skildringer om erotiske og kjønnslige temaer. Forsvareren til tiltalte anførte at rettslige standarder ikke var i direkte strid med kravet til klar hjemmel, men at de, på grunn av kravet, måtte tolkes og anvendes med varsomhet. Videre anførte han:

”uttrykket ’utuktig skrift’ gjør at vi her står overfor en rettslig standard som må tolkes slik som man i dag de lege ferenda finner det rasjonelt”.

Både flertallet, representert ved førstvoterende, samt mindretallet tilsluttet seg anførselene

⁹⁸ App. 4161/69 X v. Austria

fra forsvarer. Førstvoterende uttaler om dette:

”Jeg er imidlertid enig med forsvaret i at man ved tolkningen og anvendelsen av § 211 må ha for øye de grunnleggende prinsipper som Grunnlovens § 96 og § 100 bygger på til vern om borgerne og ytringsfriheten”.

Utfallet av saken ble frifinnelse. De videre uttalelsene i saken om rettslige standarder, er interessante og oppsummerer på en god måte deres posisjon og begrunnelse i lovtekst:

”Etter rettens oppfatning er det neppe tvilsomt at man i det nevnte uttrykk har for seg det som gjerne kalles en rettslig standard. Retten er også enig med de tiltalte i at rettslige standarder i minst mulig utstrekning må brukes i straffeloven. Knoph har i sitt verk ’Rettslige Standarder’, side 24, endog gitt uttrykk for sin oppfatning at strafferetten er et rettsområde hvor standarder bør være bannlyst. Det er klart at det ideelle ville være om det formål en straffelov har, kunne tilgodesees i nødvendig utstrekning uten enhver anvendelse av standarder, slik at de enkelte lovbestemmelser nøyaktig og i detalj angir alle kriterier. Like sikkert er det imidlertid at vår straffelov i dag anvender rettslige standarder i en rekke tilfelle, og at en annen løsning ikke fremstiller seg som mulig. Samfunnet måtte avstå fra å belegge med straff en rekke anerkjent straffverdige handlinger hvis man på strafferettens område ikke skulle kunne bruke uttrykk som forutsetter en skjønnsmessig betont vurdering fra domstolenes side”⁹⁹.

Sammenligner man denne saken med en noe nyere avgjørelse fra Høyesterett¹⁰⁰, ser man at det fortsatt utvises forsiktighet ved tolkningen av rettslige standarder. I denne saken var spørsmålet om et trykt skrift hadde innhold som var i strid med Straffelovens § 204 andre ledd første punktum, ”kjønnslige skildringer som virker støtende”. Førstvoterende fremholdt at rettslige standarder måtte tolkes med varsomhet og tilsluttet seg det utgangspunkt

⁹⁹ Rt. 1958 s. 479 utdrag fra byrettens dom.

¹⁰⁰ Se Rt. 2005 s. 1628

flertallet i Rt. 1958 s. 479 la seg på.

De rettslige standardene ”utuktig skrift” og ”kjønnslige skildringer som virker støtende” er relativt like i sin utforming. Ingen av begrepene er enkelt definert. Begge uttrykkene innbyr til at domstolene skal ha en vid skjønnsmargin ved den nærmere fastleggelsen av innholdet.

I alminnelig juridisk metode på strafferettens område er det ordlyden som skal legges til grunn. Klarhetskravet gir anvisning på at utvidende tolkning ikke bør forekomme. Likevel er det akseptert at uten rom for tolking utover ordlyden, så ville mange straffverdige handlinger gå udømt, og at rettslige standarder i så måte er en nødvendighet¹⁰¹. Andenæs uttaler:

”Det blir ofte sagt at Grunnloven tillater utvidende tolkning, men ikke analogi. Men dernest er en nesten like klok; det finnes ingen klar grense mellom utvidende og analogisk tolking¹⁰².”.

Når tøyer man ordlyden fra en naturlig språklig forståelse og over til utvidende tolkning? Og når går man så over i analogi? Hvor går skjæringspunktet med hensyn til hva som er tillatt innenfor de skranker som er innfortolket i kravet til klar hjemmel? Jeg skal først se nærmere på tolkningsprinsippene.

4.3 Ordlydstolkning, utvidende tolkning og analogi

Hva som ligger i et straffebuds ordlyd, er ikke nødvendigvis klart. Hva menes med ”utuktig omgang”? Hvordan skal man definere begrepet ”offentlig”? Hva er forskjellen på et skip og en båt? Hvor går grensen? Det å nærmere klarlegge begreper kan ha stor betydning for ut-

¹⁰¹ Se som eksempel S.W v. The Uk 1995-35-36

¹⁰² Andenæs – Alminnelig strafferett s. 117

fallet av en straffesak. Jeg vil i det følgende klarlegge nærmere hva som ligger i de forskjellige tolkningsbegrepene.

4.3.1 Ordlydstolkning

Utgangspunktet i enhver form for lovtolkning må utvilsomt være at man søker å finne ut hva en bestemmelse, eller et spesifikt ord faktisk sier eller betyr¹⁰³. Dette vil ofte i sin tur gjøre at man kommer til flere forskjellige alternativer. Eksempelvis kan man nevne ”Bryggerikjennelsen”¹⁰⁴, der det var strid om hvordan man måtte forstå lovteksten ”umiddelbart fra bryggeri”. Hovedregelen og det naturlige utgangspunkt er ordlydstolkning, og hvordan man ut i fra en alminnelig språklig forståelse oppfatter teksten.

Dette utgangspunktet harmonerer godt med den skranke som klarhetskravet gir anvisning på i strafferetten. I praksis vil tolking i tråd med ordlyden potensielt kunne få uendelig antall alternative forståelser. Hvordan mannen i gata forstår lovteksten er ikke nødvendigvis det samme som juristen, eller dommeren. I realiteten kan man nok si at det er dommerens naturlige språklige forståelse av lovteksten som legges til grunn.

4.3.2 Utvidende tolkning

”Vanligvis brukes uttrykket ’utvidende tolkning’ når man anvender en bestemmelse på forhold som ligger forholdsvis nært opp til ordlyden”¹⁰⁵.

En utvidelse av ordlyden faller altså utenfor lovteksten, men ligger så nært opp til ordlyden at det ikke kan betegnes som å være i strid med dens betydning. Eksempelvis vil ord som ”han” også omfatte kvinner, selv om det ikke nødvendigvis står i teksten¹⁰⁶.

¹⁰³ Torstein Eckhoff – Rettskildelære 5. utg. s. 32

¹⁰⁴ Rt. 1938 s. 271

¹⁰⁵ Torstein Eckhoff – Rettskildelære 5. utg. s. 124-125

¹⁰⁶ Torstein Eckhoff – Rettskildelære 5. utg. s. 124.

Mads H. Andenæs trekker frem behovet for utvidende tolkning ved å peke på samspillet mellom domstolene og lovgiver:

”Behovet for utvidende tolkning skyldes først og fremst at det ved formuleringen av lovteksten kan være vanskelig å forutse hull og ufullstendigheter i den formulering som velges”¹⁰⁷.

I den såkalte Sjarkdommen¹⁰⁸ (jeg går ikke nærmere inn i saksforløpet), tolket Høyesterett uttrykket ”skip” for også å omfatte en fiskebåt som var 25 fot lang og 8 fot bred. De fleste tenker nok ikke på en liten fiskebåt når de benytter uttrykket ”skip”. Et fremtredende hensyn ved utvidende tolkning ser ut til å vær likhet. Altså at like tilfeller behandles likt. Dette synes også å være nærliggende i den nevnte dommen, som for øvrig har blitt fulgt opp med jevne mellomrom av Høyesterett helt opp til 1990-tallet¹⁰⁹.

Til sammenligning kan man se på en eldre dom inntatt i Rt. 1929. s 330. Dagjeldende navigasjonslov av 1906 § 4 ga uttrykk for at man måtte ha sertifikat for å føre dampfartøy. Høyesterett kom til at bestemmelsen også måtte omfatte fartøy som til fremdrift benyttet forbrenningsmotor:

”Naar der i loven er benyttet uttrykket dampfartøi, kommer det sikkert av at det da loven blev avfattet ikke var almindelig at benytte oljemaskiner (motorer) som nu”.¹¹⁰

Likhetshensynet gjør seg her også gjeldende. Hvorfor skulle loven omfatte dampbåter men ikke båter drevet av forbrenningsmotorer? Dommen illustrerer også nødvendigheten av utvidende tolkning der lovteksten etter ordlyden ikke omfatter forhold som eksisterer på grunn av samfunnets utvikling etter lovens vedtakelse.

¹⁰⁷ Mads H. Andenæs – Rettskildelære s 83.

¹⁰⁸ Rt. 1966 s. 916

¹⁰⁹ Se Rt. 1973 s. 433, Rt. 1990 s. 166, Rt. 1991 s. 739, Rt. 1994 s. 1055

¹¹⁰ Rt. 1929 s. 330 førstvoterendes uttalelse.

4.3.3 Analogi

Det er ikke enkelt å oppstille et skille mellom analogisk tolkning og utvidende tolkning. Begge alternativer ligger utenfor ordlyden til lovteksten. Man kan si at der utvidende tolkning ligger nær ordlyden, ligger analogisk tolkning fjernere fra.¹¹¹

Hensynene bak analogi er i det store og hele sammenfallende med det som er sagt om utvidende tolkning. At like tilfeller behandles likt.

Eckhoff 5. utg. v Helgesen oppstiller ikke noe skarpt skille mellom utvidende tolkning og analogi, men opererer med at det er snakk om gradsforskjeller av det samme¹¹². Om man velger å si at en handling ikke er beskrevet i noe straffebud, og at man derfor bruker en lovbestemmelse som omfatter et liknende tilfelle, eller om man sier at man utvider lovteksten, til også å omfatte det tilfelle man står ovenfor, kan sies å være to sider av samme sak.

4.4 Klarhetskravet v. utvidende tolkning og analogi

Som jeg har skrevet tidligere, er det sagt at Grunnloven § 96 åpner for utvidende tolkning, men ikke analogi.¹¹³ Klarhetskravet, med de hensyn som ligger bak, virker å være en skranke og en rettskildefaktor av betydelig vekt ved forståelsen av straffebud. Likevel er det grunn til å sette spørsmålstegn ved hvor stor vekt det i realiteten har hatt. Andenæs argumenterer for at kravet til klarhet ikke har så stor betydning som man skulle tro.¹¹⁴

De hensyn som klarhetskravet er begrunnet i, som forutberegnelighet for befolkningen, er ikke nødvendigvis så aktuelt.

”Folk flest studerer ikke straffeloven, de fleste har aldri sett den, og enda mindre bekymret seg om de tvilsomme tolkingsspørsmål. Sin kunnskap om strafferett får de stort sett gjen-

¹¹¹ Torstein Eckhoff – Rettskildelære 5. utg. s. 125.

¹¹² Torstein Eckhoff – Rettskildelære 5. utg. s. 125.

¹¹³ Se S.W v The UK, se også Torstein Eckhoff – Rettskildelære 5. utg. s. 127

¹¹⁴ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 116.

nom referat og omtale av konkrete rettssaker. Den juridiske diskusjon i de tvilsomme grensetilfelle går nok stort sett over hodet på tiltalte”¹¹⁵.

På den ene side har man en klart straffverdig handling, som ikke dekkes av ordlyden i noen straffebestemmelser uten grundig fortolking. Og på den andre siden har man klarhetskravet som skranke. Hvor langt kan man strekke ordlyden i et straffebud for å gjøre en straffverdig handling straffbar? Burde man strekke den over hodet? Når går man over i analogi? Dette problemet har domstolene stått ovenfor ved en rekke anledninger, uten at det nødvendigvis er presisert i de forskjellige dommene. Praksis opp gjennom tiden viser en tendens til at Høyesterett i mange tilfeller har strukket ordlyden langt utover det man normalt ville forstått etter en ”alminnelig språklig forståelse”.

Andenæs nevner et eksempel fra midten av 1800-tallet. Det fantes ingen lov som forbød vanrøkt og mishandling av barn. Domstolene benyttet da lovens regler om dyreplageri analogisk på tilfellet.¹¹⁶ Mishandling av barn er unektelig straffverdig, men at man uten videre sammenligner det med mishandling av dyr, er betenkelig. At ”like tilfeller skal behandles likt” som hensyn bak bruken av analogi og utvidende tolkning, kan være vanskelig å se i dette tilfellet.

Rt. 1959 s. 501 (”tørking av sko”) er et annet eksempel der Høyesterett beveger seg utenfor ordlyden i det aktuelle straffebud. Saken gjaldt overtredelse av straffelovens § 352 2. ledd som setter straff for den som ”volder fare for ildsvåde ved uforsiktig omgang med ild eller ildsfarlige stoffer”. Tiltalte i saken hadde skrudd på og forlatt komfyrens kokeplate om kvelden. Dette resulterte i at det neste morgen tok fyr i diverse gjenstander som han hadde lagt til tørk på komfyren. Tiltalte ble først frifunnet i herredsretten på bakgrunn av at en elektrisk komfyr, til tross for at den potensielt kan være brannfarlig, ikke kunne betegnes

¹¹⁵ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 116.

¹¹⁶ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 121. Rt. 1847 s. 615 og Rt. 1856 s. 275

som "ildsfarlig stoff". Herredsretten konkluderte med at ordlyden ikke ga grunnlag for straff:

"Retten antar at en elektrisk komfyr, som de fleste andre elektriske apparater, må kunne betegnes som ildsfarlig - med strøm tilkoblet. Å betegne en komfyr som 'ildsfarlig stoff' synes imidlertid klart å stride mot vanlig sprogbruk, og kan neppe sies å komme inn under lovens ordlyd". Herredsretten uttalte videre: "Retten finner heller ingen grunn til å gå til noen utvidende eller analogisk anvendelse av lovens ordlyd. For det første synes det i alminnelighet meget betenkelig å dømme en mann til straff når hans handling ikke klart dekker gjerningsbeskrivelsen i straffebudet".¹¹⁷

Herredsretten inntar her en restriktiv holdning til utvidende og analogisk tolkning av straffebudets ordlyd, i harmoni med kravet til klar hjemmel. Likevel kommer Høyesterett til motsatt resultat. Førstvoterende dommer uttaler følgende:

"Etter min mening kan det ikke være riktig å ta uttrykket 'ildsfarlige stoffer' i en så snever betydning som herredsretten har gjort. Jeg antar at man under den samlede betegnelse 'uforsiktig omgang med ild og ildsfarlige stoffer' også bør føre en uaktsom behandling av elektriske apparater, som man må forstå kan volde brann som i den foreliggende sak".¹¹⁸

Høyesterett drøfter ikke hvorvidt utvidelsen av ordlyden er i strid med kravet til klar hjemmel. Dersom man ser til uttalelser gjort av domstolen i Rt. 2011 s. 469, kan Høyesteretts lovforståelse i Rt. 1959 s. 501 late til å falle utenfor prinsippet i Grl § 96:

"Straffbarheten må følge av loven, manglende støtte i ordlyden kan ikke avhjelpes ved at

¹¹⁷ Rt. 1959 s. 501 (Skotørk) Utdrag fra herredsrettens uttalelse.

¹¹⁸ Rt. 1959 s. 501 Utdrag fra førstvoterendes uttalelse. Se også Andenæs – Alminnelig strafferett s. 118

forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det".¹¹⁹

I en noe nyere dom, Rt. 1994 s. 1414 hadde en biltyv overlatt kjøringen til en person som var påvirket av alkohol. Vegtrafikklovens § 17 andre ledd, bestemmer at:

"Eier av motorvogn eller den som på eierens vegne har rådighet over den, plikter å forvisse seg om at den som han lar bruke motorvognen, fyller vilkårene for å føre den".

Tiltalte anførte at han, som biltyv ikke kunne rammes av bestemmelsens uttrykk "eier av motorvogn", eller på "eierens vegne", slik at han ikke kunne straffes for å ha overlatt kjøringen til en alkoholpåvirket person. Tiltalte ble ikke hørt med sine uttalelser. Førstvotende uttalte om bestemmelsens § 17 annet ledd:

"Bestemmelsen er gitt ut fra trafikksikkerhetshensyn og må tolkes med dette for øyet. Den er utformet med sikte på normalsituasjonen - at eieren selv har rådighet over bilen eller at en annen rår over den på eierens vegne. Ordlyden passer ikke helt godt når eieren ikke lenger har rådigheten fordi bilen er stjålet og det er tyven som lar en annen kjøre bilen. Men sterke reelle grunner taler for at bestemmelsen bør gjelde også da. Det må være klart at det ikke har vært lovgivers mening at en tyv som overlater kjøringen til en alkoholpåvirket person skal bedømmes annerledes i forhold til bestemmelsen i § 17 annet ledd enn den som har lovlig rådighet over bilen".

I både Rt. 1959 s. 501 og i Rt. 1994 s. 1414 later det til at domstolene er tilbøyelige til å gå utenfor ordlyden på bakgrunn av de formål som ligger bak lovgivningen, som for eksempel sikkerhetshensyn. Dette virket også å være tungtveiende i Rt. 1973 s. 433, der Høyesterett tolket Strl § 422, 2. ledd, som taler om straff for fører av skip som beruser seg under tjenesten eller når denne forestår, slik at "skip" også omfattet føring av 17 fots plastbåt med 115

¹¹⁹ Rt. 2011 s. 469 Avsnitt 9 og 12, Rt. 2012 s. 1211 utdrag fra lagmannsrettens dom.

hestekrefters motor utenfor tjeneste.

Det virker rimelig å konkludere med at kravet til klar hjemmel etter Grunnlovens § 96 og EMK artikkel 7, historisk sett ikke har blitt praktisert som en absolutt skranke mot å gå utenfor ordlyden i straffebud¹²⁰. Praksis kan tyde på at prinsippet er anvendt strengt der det har hatt gode grunner for seg. Spesielt i de tilfeller der andre beskyttelsesverdige interesser har gjort seg gjeldende, eksempelvis ytringsfrihet¹²¹.

I andre tilfeller har kravet kommet i skyggen av hensynet til straffverdighet og formålet med lovgivningen forøvrig¹²². Andenæs fremhever at den utstrakte bruken av utvidende tolkning og analogi, må ses i sammenheng med hvor ufullstendig lovgivningen til enhver tid er¹²³. ”Det avgjørende blir som regel om domstolene finner en utvidelse reelt berettiget”¹²⁴.

Hva domstolene anser som ”reelt berettiget”, vil være naturlig å se i sammenheng med hva man med rimelighet må kunne forvente at er straffbart etter loven. Slik EMD uttaler i *S.W v. the UK* 1995¹²⁵ er det uunngåelig med tolkning av straffebestemmelser.

En tolkning som ikke er i strid med ”essensen”, eller ”kjernen” av det enkelte straffebud, og som med rimelighet må kunne forventes at er straffbart, vil ikke være konvensjonsstridig.¹²⁶

¹²⁰ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 120

¹²¹ Se Rt. 2012 s. 1211

¹²² Se Rt. 1994 s. 1414, Rt. 1959 s. 501, Rt. 1973 s. 433,

¹²³ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 118

¹²⁴ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 120

¹²⁵ Se om dette under punkt 3.1.2 s 22, *S. W. v The UK* 1995

¹²⁶ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 120, *S.W v the UK*.

Man kan forstå klarhetskravet på forskjellige måter. Alt etter som hvordan domstolene tar stilling til den enkelte sak. Det kan ses som et konstitusjonelt forbud mot å gå utover ordlyden i et straffebud, eller det kan fremstå som en formodning om å ikke gå utover ordlyden.¹²⁷ Bestemmelsen i Grl § 96 bærer samtidig også preg av å oppstille en hovedregel om at straffebud skal tolkes etter sin ordlyd. Tilfeller der domstolene går utenfor ordlyden kan slik oppfattes som berettigede unntak, basert på forskjellige momenter som varierer fra sak til sak.

Som vist til i dette kapittelet blir det ikke korrekt å anse klarhetskravet som en absolutt konstitusjonell skranke som alltid får gjennomslagskraft i praksis. Domstolene viser tilbøyelighet til å gå utenfor ordlyden der de anser det som nødvendig, rimelig og forsvarlig. Går man dypt nok i fortolkningen av kravet, vil praksis også vise at heller ikke analogi er totalt avskåret på strafferettens område. At det ikke skal være domstolenes oppgave å tette hullene i mangelfull lovgivning synes klart da dette er lovgivers oppgave. Likevel eksisterer det en viss tilbøyelighet til å gjøre nettopp dette.

Både straffebudene i straffeloven og spesiallovgivningen for øvrig, skal på den ene siden utformes så klart at man med rimelighet skal kunne forutse hva som er straffbart eller ikke. Straffebudene skal by på så lite tvil som mulig. På den andre siden gjør de naturlige manglene ved det norske språk det nødvendig å benytte ord og uttrykk som favner vidt.

Lovgiver vil ved utformingen av straffebud stå ovenfor et verdivalg. Skal man lempe på kravet til klarhet og presisjon, eller skal man nøye seg med mindre vidtrekkende (og kanskje mindre effektive) strafferegler?¹²⁸

¹²⁷ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 120

¹²⁸ Oversettelse/Indirekte sitat fra Tidsskrift for strafferett (TFS) 2003-2 "Fra leserne" s. 220 – Dr. Juris Erling Johannes Husabø

Som tidligere uttalt har kravet til klarhet en nær sammenheng med rettsgrunnsetningen om at tvilen skal komme tiltalte til gode¹²⁹. Dette gjelder etter norsk rettspraksis tvil ved de faktiske omstendigheter i saken, og ikke tvil vedrørende rettsanvendelsen. Når et straffebud fremstår som uklart i sin utforming - og det er tvilsomt om en gitt handling vil falle inn under ordlyden - kan man da hevde at et resultat som går i favør av tiltalte også er et utslag av at tvilen kommer tiltalte til gode, selv når det gjelder rettsanvendelsen?

5 Tvilen skal komme tiltalte til gode

5.1 In dubio pro reo¹³⁰

”Kjører skal ferdes til høyre på høyre side av vegen unntatt når særlige forhold gjør det nødvendig å kjøre til venstre.”¹³¹

Det hender seg at utformingen av lovtekst er noe uheldig. I Rt. 1956 s. 1140 hadde en mann blitt idømt bot etter dagjeldende vegtrafikklov § 17 1. ledd 2. punktum jfr. § 29 og trafikkreglenes § 7 nr 1., jfr. § 48. Spørsmålet var hvordan ”*kjører skal ferdes til høyre på høyre side av vegen*” skulle forstås.

Påtalemyndigheten anførte at bestemmelsen måtte forstås slik at fører av motorvogn ikke bare må kjøre til høyre for midtskillet, men også til høyre i sin egen veibane. Førstvoterende uttalte at ”bestemmelsen på dette punkt i ethvert fall ikke er tilstrekkelig klar til at den

¹²⁹ Andenæs – Alminnelig strafferett s. 115

¹³⁰ (Latin: I tvil for den anklagede)

¹³¹ § 7 nr 1. i Trafikkreglene sitert i Rt. 1956 s. 1140

kan legges til grunn for en fellende straffedom”¹³².

Jeg har tidligere greid ut om rettslige standarder, vage formuleringer, og generell upresis språkføring, sett opp i mot kravet til klar hjemmel. Utformingen og fortolkningen av straffebud, vil kontinuerlig være gjenstand for prøving. Eksempelet ovenfor gjenspeiler godt det problem uklar lovtekst kan medføre.

I Norge er det uttalt at det kun er tvil ved de faktiske omstendigheter, ikke rettsanvendelsen, som skal komme tiltalte til gode i straffesaker.¹³³ Altså kan det ikke oppstilles noen grunnsetning om at tvil ved forståelsen og anvendelsen av en lov, skal slå positivt ut for tiltalte.

Men det tilfelle at uklar lovtekst i straffesaker etter Grl § 96 og EMK art.7 kan føre til at en ellers straffverdig handling ikke fører til straff, fremstår som nært opp til et prinsipp om at rettsanvendelsestvil skal komme tiltalte til gode. Jeg har ikke funnet rettspraksis som behandler dette. I juridisk teori er derimot tilfellet berørt.

Andenæs uttaler om temaet:

”Det blir ofte både i teorien og i domsvoteringer sagt at en tvil om rettsanvendelsen i en straffesak må komme tiltalte til gode. Man vil altså anvende prinsippet *in dubio pro reo* på rettsanvendelsen akkurat som på bevisbedømmelsen. De hensyn som ligger til grunn for regelen i det ene tilfelle, kan imidlertid ikke begrunne den i det annet. Domfeller retten til tross for tvil om faktum, er det fare for at tiltalte blir dømt for noe han ikke har begått. Gjelder tvilen rettsanvendelsen, er stillingen en annen. Spørsmålet er her hvordan den handling som er bevist rettslig skal vurderes. Hvis retten her domfeller til tross for tvilen, vil det si at den etter å ha veid argumentene for og imot, blir stående ved den strengere lovforståelse som den beste”...”Når setningen om at tvilen skal komme tiltalte til gode, blir

¹³² Rt. 1956 s. 1140 Førstvoterendes avsuttende bemerkning

¹³³ Jfr. Rt. 1984 s. 91. Fulgt opp i Rt. 2012 s. 387 avsnitt 22.

anført som domsbegrunnelse i konkrete tilfelle, tror jeg nok oftest det er til støtte for det resultat som retten likevel ville ha kommet til.”¹³⁴

Andenæs taler for at det resultat som tilsynelatende bygger på et prinsipp om at tvilen ved rettsanvendelsen skal komme tiltalte til gode, i realiteten er et utslag av det tolkningsalternativ som har de beste grunner for seg.

Alf Petter Høgberg behandler i sin artikkel fra 2007¹³⁵ temaet og inntar et annet utgangspunkt. Høgberg hevder at det ikke er enhver form for rettsanvendelsestvil som skal komme tiltalte til gode, bare den kvalifiserte tvil:

”I tilfeller hvor det foreligger kvalifisert tvil om rettsanvendelsen, vil hensynet til borgernes forutberegnelighet være et reelt hensyn som kan få avgjørende betydning for fortolkningen. Borgerne skal vite hvilke regler de har å forholde seg til. Når handlingen ikke ellers fremtrer som straffverdig, ville det således virke støtende om straff ble ilagt på tvilsomt grunnlag. Dersom rettsanvendelsen er så tvilsom i det konkrete tilfellet at den ene løsning er like god som den annen, vil således det reelle hensyn at kvalifisert rettsanvendelsestvil forelå, kunne bli avgjørende”¹³⁶.

De hensyn Høgberg her oppstiller, som forutberegnelighet og mangel på straffverdighet, er svært lik de hensyn som ligger i bakgrunnen for kravet til klar hjemmel.

”Uten å ta standpunkt til hvorvidt prinsippet om å la rettsanvendelsestvilen komme tiltalte til gode rett og slett er lovkravet anvendt som tolkningsprinsipp eller noe annet, skal det i alle fall konstateres at de samme hensyn gjør seg gjeldende i begge relasjoner, samt at prinsippene i mange tilfeller vil lede til de samme resultater. Det kan således spørres om det har

¹³⁴ Andenæs Alminnelig strafferett s. 114-115

¹³⁵ Inntatt i Jussens Venner 2007 s. 20

¹³⁶ Alf Petter Høgberg – Jussens Venner 2007 s. 24-25

noen realitet å holde prinsippene fra hverandre.”¹³⁷

Spørsmålet blir da om det i klarhetskravet også må forstås en utvidelse om at tvil ved rettsanvendelsen, i særlige tilfeller, faktisk kommer tiltalte til gode?¹³⁸ Eller er det slik som Andenæs hevder, at det i realiteten er et utslag av at dommeren dømmer etter det som har de beste grunner for seg?¹³⁹

Etter uttalelsen i Rt. 1984 s. 91 er utgangspunktet klart. Det eksisterer ikke noe prinsipp om at rettsanvendelsestvil skal komme tiltalte til gode. Det må likevel være klart at de hensyn som gjør seg gjeldende for klarhetskravets anvendelse, sammenfaller med hensyn som kan oppstilles for å akseptere et prinsipp om at tvilen ved rettsanvendelsen skal komme tiltalte til gode. For eksempel forutberegnelighet.

Da en utførlig drøftelse vedrørende dette vil gå for langt utover de rammer jeg har satt for denne oppgaven, vil jeg nøye meg med å ikke behandle temaet mer utdypende.

6 Momenter i kravet til klar hjemmel

6.1 Klarhetskravet som prinsipp, konstitusjonell skranke eller hovedregel?

Jeg har oppgaven igjennom gjort rede for klarhetskravets anvendelse i praksis. Både nasjonalt og internasjonalt, samt hvilke problemer som viser seg når hensynet til å belegge straffverdige handlinger med straff skal vurderes opp imot uklar eller manglende hjemmel. Jeg har berørt lovgiver og domstolenes stilling i forhold til lovkravet.

¹³⁷ Alf Petter Høgberg – Jussens venner 2007 s. 31

¹³⁸ Alf Petter Høgberg – Jussens Venner 2007 s. 30

¹³⁹ Andenæs – Alminnelig s. 120

Det som ikke ser ut til å være grundig behandlet, verken i rettspraksis, forarbeider eller juridisk teori, er hvilke momenter og vurderinger som til sammen kan utgjøre argumentasjonen bak klarhetskravets skiftende gjennomslagskraft. Det fremstår som varierende om hjemmelskravet er et utslag av et universelt prinsipp, konstitusjonell skranke for lovgivers lovgivende virksomhet, en rettskildemessig hovedregel, eller en anmodning om å ikke gå utenfor et straffebuds ordlyd.

Det interessante i denne sammenhengen er om det er mulig å oppstille en anvendelsesnorm som bygger på de vurderinger man finner i de forskjellige rettskildene. Altså hva som i praksis skal til for å anse hjemmelskravet som oppfylt i grensetilfeller.

Høgberg har i sin artikkel ”Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger” inntatt i TFR. 2000 s. 525-649 vært inne på det samme temaet. Høgberg uttaler: ”rettsreglene også på strafferettens område konstitueres ved å sette sammen argumenter fra en flerhet av rettskildefaktorer, hvorav reelle hensyn utgjør en viktig faktor”.¹⁴⁰

Jeg skal nå forsøke å systematisere de argumenter, momenter og hensyn, som på hver sin side later til å utgjøre vurderingskriteriene i om det aksepteres å gå utenfor ordlyden i straffebud, eller om man må forholde seg strengt til hjemmelskravet. Det er viktig å presisere at disse vurderingene, samlet og systematisert, ikke nødvendigvis gir uttrykk for gjeldende rett.

6.2 Utgangspunktet

Som grunnlag er det viktig å foreta en systematisk oppsummering av de rettslige utgangspunkter. Klarhetskravet på strafferettens område, uavhengig av om man forholder seg til

¹⁴⁰ Alf Petter Høgberg - Tidsskrift For Rettsvitenskap 2000 s. 630

EMK artikkel 7 eller Grunnloven § 96, trekker en bestemt rettskildefaktor i forgrunnen, ordlyden i straffebud, og tillegger denne betydelig vekt¹⁴¹.

Problemet oppstår når ordlyden i sin tur ikke fremstår som tilstrekkelig klar på det tilfellet man har foran seg.¹⁴²

I en del tilfeller nøyer domstolene seg med å si at ordlyden ikke er tilstrekkelig klar. I andre tilfeller, at det ikke er i strid med ordlyden å dømme, uten utførlig begrunnelse.¹⁴³ I noen tilfeller foretas en mer dyptgående drøftelse der flere faktorer trekkes inn.¹⁴⁴

Om man betegner klarhetskravet som en hovedregel, konstitusjonell skranke, prinsipp eller formodning om å ikke gå utover ordlyden, er for så vidt ikke av vesentlig betydning. Det interessante er hva som på sin side taler for og i mot kravets gjennomslagskraft i praksis.

6.3 Hva taler for en streng forståelse av ordlyden?

6.3.1 Forutberegnelighet og innrettelseshensynet

Et av hovedargumente bak en streng forståelse av ordlyden er hensynet til forutberegneligheten. At man skal kunne forutse sin rettstilling og innrette sin atferd deretter. Dette har som tidligere nevnt kommet til uttrykk både i norsk- og internasjonal rettspraksis.¹⁴⁵

Praksis ser ut til å bygge på den vurdering at jo mer fjerntliggende det er for borgerne at en handling skal være straffverdig ved en normal forståelse av straffebud, desto sterkere står

¹⁴¹ Se Rt. 1976 s. 1434 og Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 115

¹⁴² Se f. eks Rt. 1952 s. 989

¹⁴³ Se f. eks Rt. 2012 s. 387 avsnitt 22. Rt. 2012 s. 1103

¹⁴⁴ Se f. eks Rt. 1994 s. 1610

¹⁴⁵ jfr. *Cantoni v. France*, *X v. Austria*, *Kokkinakis v. Greece*, Rt. 1933 s. 212

dette hensynet. Her må også forholdet til fast rettspraksis vedrørende forståelsen av lovteksten vurderes. Dersom man kan tilegne seg kunnskap om lovtolkningen gjennom rettspraksis, så vil hensynet til forutberegnelighet anses innfridd, slik at presisjonen i hjemmelskravet er oppfylt.¹⁴⁶

6.3.2 Andre beskyttelsesverdige interesser

Som tidligere påpekt er det i praksis tilfeller som tyder på at kravet til klarhet i lovhjemmel fremstår som sterkere der hvor andre beskyttelsesverdige interesser gjør seg gjeldende. I denne sammenheng tenker jeg først og fremst på andre individrettigheter hjemlet i grunnlov og/eller menneskerettighetene. For eksempel ytringsfriheten.

Det er gode grunner for å hevde at der hvor lovteksten er uklar om et forhold skal belegges med straff eller ikke, så vil det måtte være et strengere krav til klarhet, dersom den eventuelle straffen også gjør innhugg i andre grunnleggende rettigheter.¹⁴⁷

I de tilfeller jeg har vist til tidligere er ytringsfriheten gjerne en slik grunnleggende og beskyttelsesverdig interesse. Potensielt kan det nok oppstå gnisninger mellom andre beskyttelsesverdige interesser og straffebud, men jeg nøyer meg med å ikke gå nærmere inn på hva som potensielt kan forekomme.

6.3.3 Rettsanvendelsestvil og rimelighet

Selv om det i rettspraksis er klart befestet at det ikke kan oppstilles et prinsipp om at eventuell tvil ved rettsanvendelsen skal komme tiltalte til gode, kan man stille seg spørsmålet om det i realiteten eksisterer en tilbøyelighet fra domstolenes side til å velge det mildere tolkningsalternativ. Spesielt der hvor det fremstår som tvilsomt om en lovhjemmel dekker det faktiske forhold. Dette må nok ses i sammenheng med de øvrige momentene jeg har

¹⁴⁶ jfr. G v. France 15312/89

¹⁴⁷ Jfr. Rt. 2012 s. 1211, Rt. 2005 s. 1628

nevnt så langt, så vel som rimelighetsbetraktninger.

Slik Andenæs fremholder, så vil et resultat som tilsynelatende og implisitt er begrunnet i rettsanvendelsestvil til fordel for tiltalte, i realiteten være et resultat som har de beste grunner for seg basert på rimelighet.¹⁴⁸

Det at rettspraksis klart tar avstand fra å oppstille et prinsipp om at rettsanvendelsestvil skal komme tiltalte til gode, utelukker ikke at det eksisterer som et moment i den totale vurderingen som foretas når man vurderer et straffebuds grunnlovsmessighet etter § 96 og EMK art. 7.

6.4 Hva taler for å akseptere at man går utenfor ordlyden?

6.4.1 Straffverdighet og grad av alvorlighet

Det må være klart at det fra lovgivers utgangspunkt er ønskelig å sanksjonere straffverdige handlinger med straff. Hvor straffverdig noe er, har nok ingen håndfast lære bak seg. En handlings straffverdighet vil i stor grad kunne variere etter hvor man befinner seg i verden. Straffverdighet er således noe vagt og subjektivt. Likevel vil nok de fleste enes om at visse handlinger bør belegges med høyere straff enn andre. Dette har nok i sin tur resultert i at de forskjellige straffbare handlinger er belagt med høyere eller lavere strafferammer.

Uttalelsen i LB-2003-01490 er nok et uttrykk for at straffverdigheten i realiteten tillegges vekt:

”Hjemmelskravet kan ikke trekkes så langt at man skal beskytte personer som uten aktverdig grunn vil balansere på lovens grense for det straffverdige”.

Selv om det i en del dommer av høyere rettskildemessig vekt ikke nødvendigvis uttales

¹⁴⁸ Se Andenæs – Alminnelig strafferett s. 115 og Alf Petter Høgberg – Jussens Venner 2007 s. 20

ekspisitt, er nok straffverdigheten et moment som ligger godt til grunn for den dømmende virksomhets tilbøyelighet til å gå utenfor ordlyden. Dersom man ser på passbåtdommen¹⁴⁹ og de etterfølgende dommene som har basert seg på denne¹⁵⁰, fremstår det som klart at Høyesterett har foretatt en særs frimodig tolkning, for å strafflegge det straffverdige. I Rt. 1959 s. 501 (tidligere omtalt) ser man også en tilbøyelighet til at Høyesterett vektlegger straffverdigheten.

På den annen side har man telefonsjikanedommen¹⁵¹, Rt. 1995 s. 1734 og Rt. 2012 s. 1211. Her er det nok i og for seg også snakk om straffverdige handlinger. Det man imidlertid kan dra ut av en sammenlikning av dommene, er graden av straffverdigheten, eller graden av alvorlighet. Ved Narkotikavirksomhet, brannfare og farevoldelse til sjøs er det nok en større tilbøyelighet til å godta at ordlyden i straffebud strekkes lengre for å dømme, enn i saker der det er snakk om svært frimodige ytringer og sjenerende telefonopprigninger.

6.4.2 Fleksibilitet og tilpasningsdyktig anvendelse av loven

I Rt. 2008 s. 788 kom Høyesterett til at vold mot polititjenestehund, også dekkes av ordlyden i strl. § 127, som lyder slik:

”Den, som ved Vold søger at formaa en offentlig Tjenestemand til at foretage eller undlade en Tjenestehandling eller at hindre ham under en saadan, eller som medvirker hertil, straffes med Fængsel indtil 3 Aar, men indtil 5 Aar, naar han udfører Forbrydelsen i Forening med nogen anden”.

Straffebestemmelsen nevner ikke politihund og det fremgår ingen tidligere praksis som dekker tilfellet. Høyesterett bygger sin argumentasjon på en uttalelse i Rt. 1983 s. 652:

¹⁴⁹ Rt. 1973 s. 433

¹⁵⁰ Se blant annet Rt. 1990 s. 166, Rt. 1991 s. 739, Rt. 1994 s. 1055

¹⁵¹ Rt. 1952 s. 989

”En voldshandling vil kunne rammes selv om vedkommende tjenestemann ikke treffes rent fysisk av handlingen og selv om det ikke var poenget med handlingen at han skulle treffes”.¹⁵²

Tilfellet er nok både straffverdig og det må være klart at det også er alvorlig. Likevel kan man spørre seg om kravet til klarhet og hensynet til forutberegnelighet, dersom nærmere vurdert, ville kunne bydd på problemer for det resultat Høyesterett kom til.

At straffebud etter sin utforming og fortolkning bør ha en viss fleksibilitet for å omfatte potensielle gjerninger, er ikke uproblematisk sett i lys av lovkravet. Lovgiver på sin side kan ikke forventes å oppstille en utfyllende liste over typetilfeller av gjerningsbeskrivelsen. Dette ville vært en umulig oppgave.

Nødvendigheten av utvidende tolkning, som ligger nært opp mot ordlyden, er i slike tilfeller uunngåelig av hensyn til en fleksibel og effektiv rettshåndhevelse. Dette ser også ut til å være hensynene bak de vurderinger som EMD gjorde seg i saken *Cantoni v. France*, som tidligere omtalt. Fleksibilitet og tilpasningsdyktighet i loven må nok også ses i sammenheng med prinsippet om at like tilfeller behandles likt.

6.4.3 Andre rettskilder

Dersom man slavisk følger utgangspunktet etter det strafferettslige legalitetsprinsipp, så skulle forståelsen av lovteksten basere seg på ordlyden og eventuelt den tolkningen av ordlyden som domstolene har tilsluttet seg. Likevel er det svært vanlig at det, selv i straffesaker, vises til både forarbeider og juridisk teori når meningen med lovtekst skal klarlegges. Etter generell juridisk metode vil alle de forskjellige rettskildedefaktorene samlet utgjøre grunnlaget for et resultat. Når det på strafferettens område er ordlyden som trekkes i for-

¹⁵² Rt. 2008 s. 788 avsnitt 20, sitat fra Rt. 1983 s. 652

grunnen, kan man spørre seg om forarbeider og juridisk teori i det hele tatt bør være relevant - spesielt sett opp i mot innrettelseshensynet og forutberegnelighet for borgerne.

I Rt. 2012 s. 387 var spørsmålet om strl. § 199 første ledd rammer seksuell omgang med stebarn som er over 18 år etter at ordene "noen person under 18 år" kom inn i paragrafen ved en lovendring i 1992, og ordene "annen person" ved en ny lovendring i 2000.

"Den som har seksuell omgang med fosterbarn, pleiebarn, stebarn eller noen annen person under 18 år som står under hans omsorg, myndighet eller oppsikt, straffes med fengsel inntil 5 år."¹⁵³

Dommen ble avsagt under dissens. Førstvoterende som representerte flertallet (3-2) uttalte i forbindelse med vurderingen av EMK artikkel 7, etter behandling av både forarbeider og juridisk teori:

"EMK artikkel 7 krever at det på det tidspunktet siktede foretok handlingen som er grunnlag for straffesaken, fantes et lovgrunnlag som gjorde handlingen straffbar. Det beror på en konkret vurdering av bestemmelsens ordlyd, formål, forarbeider og rettspraksis om det på gjerningstidspunktet var forutsigelig at man risikerte domfellelse for forholdet, jf. Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske menneskerettighedskonvention - for praktikere, 3. utgave, side 580 med videre henvisning. I vår sak tilsier en samlet vurdering av rettskildene at det var forutsigbart at forholdet var straffbart. Jeg kan dermed ikke se at det innebærer krenkelse av EMK artikkel 7 å domfelle A etter straffeloven § 199 i dette tilfellet."¹⁵⁴

"Som sagt er det ikke spørsmål om å gå utenfor ordlyden i denne saken, men - ut fra alminnelig rettskildebruk - å velge en av to tolkninger som ordlyden gir grunnlag for."¹⁵⁵

¹⁵³ Se Strl § 199

¹⁵⁴ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 21 og 22

¹⁵⁵ Se Rt. 2012 s. 387 avsnitt 22

Mindretallet, anført av annenvoterende uttalte følgende:

”Seksuell omgang mellom en omsorgsperson og et fosterbarn, pleiebarn eller stebarn som er over atten år, vil nok allment bli oppfattet som moralsk forkastelig. Men det fremstår ikke som opplagt at dette også skal være straffbart når det ikke foreligger en utnyttelse av et avhengighets- eller tillitsforhold. Ut fra det strenge krav til klarhet i straffebestemmelser som tilsies av grunnleggende rettssikkerhetshensyn, mener jeg på denne bakgrunn at grensen for det straffbare her må trekkes etter det som følger av ordlyden.”¹⁵⁶

Førstvoterende ser her ut til å argumentere for at forarbeidene og juridisk teori, samt lovens bakgrunn og formål, utgjør momenter for å klarlegge ordlyden også i strafferetten.

Annenvoterende finner på sin side ingen støtte i ordlyden for den tolkning som førstvoterende legger til grunn.

I utgangspunktet kan det anføres gode grunner for at forutberegnelighets- og innrettelseshensyn burde tillegges stor betydning i en slik sak, i tråd med det annenvoterende nevner. Avveiningen mot det moralsk forkastelige, straffverdigheten og en vurdering av de andre rettskildene, taler i motsatt retning. Selv om førstvoterende ikke er av den oppfatning at det resultat som det argumenteres for ligger utenfor ordlyden, er uttalelsen om at hjemmelsgrunnlagets påregnelighet baserer seg på det totale rettskildebildet interessant.

Rt. 1994 s. 1610, gjaldt produksjon og omsetning av dekodere, som gjorde det mulig å ta inn fjernsynskanaler fra en betalingskanal uten å faktisk betale. I dommen ble det konkludert med at forarbeidene ikke ga grunnlag for utvidende tolkning.

¹⁵⁶ Rt. 2012 s. 387 avsnitt 30-33

Uavhengig av om man sier at forarbeidene ikke skal vurderes i saker der EMK artikkel 7 eller Grunnloven § 96 anses for å stenge for en viss lovforståelse, så er det rimelig klart at Høyesterett ofte søker til forarbeider og juridisk teori for å finne støtte for sin forståelse av ordlyden. Disse rettskildene, som i utgangspunktet skal ha en mer tilbaketrunket rolle i strafferetten, spesielt der hvor ordlyden er uklar, får likevel en viss rettslig betydning som momenter i den totale vurderingen.

6.5 Helhetsvurdering

Jeg har nå sett litt på hvilke momenter som ser ut til å ligge bak domstolenes vurdering. Straffverdigheten, alvorlighetsgraden, fleksibilitet, likhet, andre rettskildefaktorer, forutberegnelighet, innrettelsesmulighet, andre beskyttelsesverdige interesser og eventuell rettsanvendelsestil. Det må likevel være klart at disse momentene som domstolene ser ut til å benytte i sin vektlegging, ikke forandrer det utgangspunkt som oppstilles i den tradisjonelle rettskildelære.

Et viktig utgangspunkt og formål bak klarhetskravet er at det ikke skal avsies vilkårlige avgjørelser. Domstolene skal komme til det resultat som har de beste rettslige grunner for seg. Samtidig skal ingen kunne balansere på grensen til det ulovlige, ved å påberope seg manglende klarhet og presisjon i straffelovgivningen.

Andenæs trekker frem at domstolene vil komme til det resultat som har de ”beste grunner for seg”¹⁵⁷. Men hva er ”beste grunner for seg” i saker som direkte gjelder hjemmelsgrunnlaget på strafferetten? Tar det sikte på dommens godhet? Er det en rimelighetsvurdering? Og hva er så rimelig?

Etter det som er sagt i dette kapittel mener jeg at det er gode grunner for å hevde at det resultat som har de beste grunner for seg, vil måtte bero på en helhetlig vurdering basert på

¹⁵⁷ Andenæs – Alminnelig Strafferett s. 117

blant annet de momenter jeg har greid ut om. Som påpekt tidligere er dette kun en observasjon jeg har gjort meg basert på den rettspraksis som er behandlet i forbindelse med oppgaven. Om man kan oppstille en anvendelsesnorm de lege lata, som graderer klarhetskravets gjennomslagskraft i praksis, vil forbli ubesvart av meg.

7 Rettspolitiske vurderinger og avsluttende bemerkninger

7.1 Klarhetskravets samfunnsmessige karakter

Hva skal klarhetskravet tale for? Svaret på spørsmålet har mange sider. Man kan velge å se på kravet til klar hjemmel som et uttrykk for at borgernes innrettelseshensyn blir tatt høyde for ved utarbeidelsen så vel som anvendelsen av loven.

Man kan også tenke seg at kravet taler for at utarbeidelsen av loven foregår etter forsvarlige vurderinger. En mulig vinkling er å se på kravet som en sikkerhetsventil mot at domstolene ikke kan drive lovskapende virksomhet utover det lovgiver gir grunnlag for. Altså at det beskytter interessene i den parlamentariske maktfordelingen. På den annen side kan kravet operere som en beskyttelse mot justismord. Uansett hvordan man velger å beskrive dette er rettsikkerheten fremtredende, både hva gjelder rettssikkerheten til tiltalte i straffesaker og mannen i gata.

7.2 Rettsikkerhetsproblematikk

Det er klart at samfunnet, for å kunne være trygt har en interesse i å belegge straffverdige handlinger med straff. Men når en ellers moralsk forkastelig og straffverdig handling ikke er belagt med straff, kan man vanskelig se at dette skal tale for at kravet til hjemmel har et element av rettsikkerhet i seg. Når domstolene inntar en restriktiv holdning til å gå utenfor ordlyden for å straffe det straffverdige, er det ikke nødvendigvis slik at det åpner seg en invitasjon til å balansere på grensen mellom det straffbare og straffefrie. Når Høyesterett ikke fant grunnlag for å straffe i Telefonsjikanedommen, ble resultatet en rask lovendring. En restriktiv holdning til å gå utenfor ordlyden i straffebud vil kunne tvinge frem nødvendig lovendring. Det må være klart at det er lovgivers geskjeft å gi lover, ikke domstolenes.

8 Kildehenvisning

8.1 Lovregister

1814 Kongeriget Norges Grundlov 17.05.1814

1902 Almindelig borgerlig Straffelov 22.05.1902 nr. 10

1906 Navigasjonslov av 7. april 1906

1922 Lov av 25. mars 1922 nr 5.

1925 Lov av 10. juli 1925 nr 3.

1927 Lov av 5. april 1927

1965 Lov om Vegtrafikk 18.06.1965 nr. 4

1999 Lov om retten til å delta i fiske og fangst 26.03.1999 nr. 15

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.05.1999 nr. 30

2005 Lov om Straff 20.05.2005 nr 28

1950 Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms

8.2 Proposisjoner

1954 Ot.prp.nr.41.1954 ”Om endringer i den almindelige borgerlige straffelov”

2003 Ot.prp.nr.70.2003-2004 ”Om lov om endring i deltakerloven”

2003 Ot.prp.nr.90.2003-2004 ”Om lov om straff”

2012 Prp.53 L (2012-2013)

2012 Innst.221 L (2012-2013)

1997 NOU 1997:11 Lov om Kriminalitetsofferfond

2003 NOU 2003:15 Fra bot til bedring

8.3 Juridisk litteratur

2001-Oslo-Torstein Eckhoff - Rettskildelære 5. utgave ved Jan E. Helgesen

2003-Oslo-M. Andenæs - Rettskildelære 2.opplag

2003-Oslo-Geir Heivoll og Sølve Robbestad Statsforfatningsrett, forvaltningsrett, velferdsrett, strafferett, utvalgte emner

2004-Oslo-J. Andenæs - Alminnelig Strafferett 5. utgave ved Matningsdal og Rieber-mohn

2005-Oslo-Arne Fliflet - Grunnloven kommentarutgave

2006-Oslo-J. Andenæs, Arne Fliflet og Johannes Bratt – Statsforfatningen i Norge

2006-Oslo-Njål Høstmælingen - Internasjonale Menneskerettigheter 3. opplag

2006-Oslo-Torstein Eckhoff og Eivind Smith - Forvaltningsrett 8. utgave

2008-Oslo-Erik Anners - Den Europeiske Rettens Historie 12. opplag

1996-Francis G. Jacobs and Robin C.A White - The European Convention on Human Rights – Second Edition.

8.4 Juridiske artikler

2000 - Tidsskrift for Rettsvitenskap – Alf Petter Høgberg s 525: ”Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffefrie handlinger”

2001 - Tidsskrift for Strafferett 2001-1 s 60 – Marius Emberland:
”Lovskravet i EMK art 7 – i lys av nyere EMD-praksis”

2003 - Tidsskrift for Strafferett 2003-2 s 220: ”Fra Leserne” Dr. Juris Erling J. Husabø

2004 - Jussens Venner s 166 – Asbjørn Strandbakken: ”Grunnloven § 96”

2007 - Jussens Venner s 20 - Alf Petter Høgberg:
”I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil tiltalte til gode?”

8.5 Nettadresser

Jusinfo.no lenke: www.jusinfo.no/index.php?site=default/721/2022/2034/2037

8.6 Domsregister

8.6.1 Dommer fra Høyesterett og lagmannsrett

Rt. 1847-615	Rt. 1966-1395	Rt. 2004-645
Rt. 1856-275	Rt. 1973-846	Rt. 2005-833
Rt. 1922-41	Rt. 1976-1434	Rt. 2005-1628
Rt. 1928-1051	Rt. 1977-1207	Rt. 2008-788
Rt. 1929-330	Rt. 1983-652	Rt. 2008-1582
Rt. 1930-1486	Rt. 1984-91	Rt. 2009-780
Rt. 1931-1173	Rt. 1990-166	Rt. 2011-469
Rt. 1933-212	Rt. 1991-739	Rt. 2012-313
Rt. 1938-271	Rt. 1994-1055	Rt. 2012-387
Rt. 1952-989	Rt. 1994-1414	Rt. 2012-1051
Rt. 1956-1140	Rt. 1994-1610	Rt. 2012-1103
Rt. 1958-479	Rt. 2002-1069	Rt. 2012-1211
Rt. 1959-501	Rt. 2003-1100	LB-2003-01490
Rt. 1966-916	Rt. 2003-1376	

8.6.2 Dommer fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

Sak nr: 332/57 Lawless v. Ireland

Sak nr: 4161/69 X. v. Austria

Sak nr: 5100/71 Engel and others v. The Netherlands

Sak nr: 13079/87 G v. Federal Republic of Germany

Sak nr: 14307/88 Kokkinakis v. Greece

Sak nr: 15312/89 G v. France

Sak nr: 17862/91 Cantoni V. France

Sak nr: 20166/92 S.W v. The United Kingdom

Sak nr: 24348/94 Grigoriades v. Greece

Sak nr: 33209/96 Coëme and others v. Belgium

Sak nr: 67335/01 Achour v. France

Sak nr: 36376/04 Kononov v. Latvia